

Merc.

260^r₌

Weber, Joseph Karl

Moere.

260^r

Weber

Zum

Spezifikationskaufe.

Inaugural - Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Georg-Augusts-Universität

zu Göttingen

vorgelegt von

Ludwig Weber,

Referendar in Rodenberg a. D.

Göttingen 1897.

Druck der Dieterich'schen Univ.-Buchdruckerei

(W. Fr. Kaestner).



Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Meinon Jibben Ebbren

in Dackinbait vermindert

I. Wirtschaftlicher Charakter des Spezifikationskaufes.

Die Fortschritte unserer modernen Grossindustrie bringen es mit sich, dass die Erzeugnisse derselben immer grössere Mannigfaltigkeit zeigen. Während beispielsweise früher der Handwerker dem Rohstoff im Einzelfalle je nach den besonderen Wünschen des Bestellers die verschiedenen Formen gab, die zur Herstellung des Werkes erforderlich waren, findet er heute das Material schon in einem durch Maschinen - Grossbetrieb derart zubereiteten Zustande auf dem Handelsmarkte, dass seine Thätigkeit vielfach lediglich in der Zusammensetzung der fertig vorhandenen Teile des Werkes besteht. Wenn auch heute noch in solchen Fällen die handwerksmässige Herrichtung des Rohstoffes möglich ist, so kann sich der Handwerker wirtschaftlich doch nicht der Notwendigkeit entziehen, sich des durch Fabrikbetrieb schon zugerichteten Materials zu bedienen, denn der Preis für das so zugerichtete Material übersteigt den des Rohstoffes nur um einen verhältnismässig so geringen Betrag, dass für denselben Betrag handwerksmässige Bearbeitung bei weitem nicht erfolgen kann.

Freilich entsteht unter diesen Verhältnissen ein Missstand bei der Beschaffung des Materials; es ist nämlich dem Geschäftsmanne zwar häufig möglich, seinen Gesamt-

bedarf an Ware eines bestimmten Rohstoffes z. B. Eisen für einen bestimmten Zeitraum mit einiger Sicherheit im Voraus festzustellen; dagegen hängt es oft von Zufälligkeiten, der jeweiligen Mode u. s. w. ab und liegt deshalb ausserhalb jeder Berechnung, wie sich der Gesamtbedarf auf die einzelnen zahlreichen Formen und Sorten der Ware verteilen wird. Sobald demnach die Herstellung der einzelnen Formen und Sorten aus dem Rohstoffe nicht erst von dem Käufer, sondern schon vom Fabrikanten vorgenommen wird, wird die Möglichkeit grösserer Einkaufsgeschäfte zu entsprechend günstigen Preisen wesentlich verringert.

In dem grossen Wettbewerb unserer Tage um die Erhaltung und Vergrösserung der Absatzgebiete für die Waren haben sich nun mancherlei Modifikationen der Kaufgeschäfte herausgebildet, um den eben berührten Mißstand zu beseitigen.

Zu erwähnen sind hier Abschlüsse derart, dass der Käufer ein Mindestquantum fest kauft, der Verkäufer ihm aber das Recht einräumt, den etwaigen Mehrbedarf bis zu einer gewissen Grenze zu dem gleichen Preise zu decken. Vgl. z. B. Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 7, Nr. 579.

In unvergleichlich höherem Grade entspricht den Bedürfnissen von Verkäufer und Käufer ein Geschäftsabschluss derart, dass der Käufer innerhalb eines gewissen Zeitraumes ein von vornherein bestimmtes Quantum von Ware, die demselben Rohstoffe angehört, abnehmen muss, dass ihm aber vorbehalten bleibt, successive im Laufe der Lieferungszeit anzugeben, wie viel Ware in der einen Form, wie viel in der anderen er wünscht. Vor jeder einzelnen Lieferung hat hier der Käufer die Möglichkeit nach seinem augenblicklichen Geschäftsbedarf die Formen und Sorten

zu bestimmen. Erweist sich hier einmal ein Verbrauchsvoranschlag als unrichtig, so wird der Käufer demgemäss bei Abforderung der nächsten Rate eine andere Bestimmung treffen: er wird mehr Ware in den gängigen Formen, wenig oder gar keine in den Formen verlangen, die bisher nicht abgesetzt sind.

Dem Fabrikanten ist es meist gleichgültig, in welcher Gestalt oder Verarbeitung er seine Produkte absetzt; er ist mehr dabei interessiert, dass verkauft wird, als was verkauft wird. Mit dem Abschluss grösserer Lieferungs-geschäfte ist ihm mehr gedient, als wenn die Käufer nur für kürzere Zeit über entsprechend geringere Quantitäten abschliessen. Denn einerseits wird durch den Abschluss für eine längere Geschäftsperiode und demgemäss über grössere Posten der Absatz der Produkte wesentlich befördert, vereinfacht und verbilligt, andererseits werden dadurch für den Umfang der Produktion, besonders auch für die Anschaffung des Rohmaterials dem Fabrikanten wertvolle rechnerische Unterlagen gegeben. Die Gefahren der Ueberproduktion: Entwertung der Ware, Einstellung des Betriebes, Festlegung des Geschäftscapitals in unverkäuflicher Ware u. s. w. werden wesentlich herabgemindert, wenn für längere Zeit im Voraus die Absatzgebiete der Produkte erschlossen sind.

Da der Fabrikant regelmässig die Ware in den verschiedenen Formen und Sorten aus demselben Grundstoffe erst im Laufe der Lieferzeit herrichtet, so genügt es für ihn, dass der Abnehmer die nähere Bestimmung der einzelnen Stücke nach Länge, Breite, Stärke u. s. w. bis zu dem Zeitpunkte erteilt hat, in welchem der Fabrikant jedesmal mit der Herrichtung der einzelnen Rate beginnen muss, um nach ordnungsmässigem Geschäftsgange zur ver-

tragsmässigen Lieferungszeit gehörige Erfüllung anbieten zu können.

Derartige Geschäfte begegnen uns nun mit dem Beginn unseres grossen wirtschaftlichen Aufschwunges im Anfange der siebziger Jahre in der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts unter dem Namen Kauf mit Vorbehalt der Spezifikation¹⁾. Sämtliche Fälle, die dem Reichsoberhandelsgericht vorlagen, gehören dem Gebiet des Eisenhandels an. Dort scheinen sie schon eine Zeit lang in Uebung gewesen zu sein, ehe sie zu rechtlichen Zweifeln Anlass gaben; im Urteil vom 10. Dezember 1874²⁾ wird angeführt, dass diese Art von Geschäften auf einer im Eisenhandel bestehenden Usance beruhe. Solange der Käufer die ihm vorbehaltene nähere Bestimmung rechtzeitig erteilt, bietet diese Geschäftsart keine Besonderheiten; die Schwierigkeiten in der Behandlung bieten sich erst dann, wenn der Käufer mit der Vornahme der »Spezifikation« säumig wird.

Dass der Ausdruck »Spezifikation« hier nicht in dem Sinne gebraucht wird, den er sonst in unserer Rechtsprache seit langer Zeit hat: als Bezeichnung für eine bestimmte Art des Eigentumserwerbes, bedarf wohl kaum der Erwähnung; er bezieht sich nicht etwa auf die Thätigkeit des Fabrikanten, der gemäss der näheren Bestimmung des Käufers »Mobilien in neue Formen verarbeitet«³⁾, sondern bezeichnet die dem Käufer obliegende nähere Bestimmung.

1) In dieser Bedeutung zuerst erwähnt im Urteil des R.O.H.G. vom 3. März 1874, Bd. 13, Nr. 101, S. 302.

2) Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 16, Nr. 59, S. 204.

3) Dernburg, Pandekten I § 204, 4. Aufl.

Der Spezifikationskauf hat bald über das Gebiet des Eisenhandels hinaus festen Fuss gefasst und wird sich voraussichtlich auch künftig ein immer grösseres Gebiet erobern; es mögen hier angeführt werden aus dem Gebiet des Glashandels das Urteil des Handelsappellationsgerichtes Nürnberg vom 4. Mai 1875¹⁾, aus dem des Salzhandels das Urteil des A.G. Köln vom 27. April 1875²⁾, ferner R.G. I. Senat vom 8. Juli 1885³⁾ (Salzsäure), desgl. vom 26. März 1887⁴⁾ (Zucker), R.G. III. S. vom 24. November 1885⁵⁾ und I. Senat vom 24. Juni 1889⁶⁾ (Garn), desgl. vom 9. März 1892⁷⁾ (Holz), desgl. vom 18. März 1896⁸⁾ und III. Senat vom 8. Januar 1897⁹⁾ (Papier); ausserdem soll diese Art des Geschäftsabschlusses in der chemischen Industrie nicht selten sein (Jodpraeparate, Brompraeparate etc.).

Wie bei allen Kaufgeschäften, die nicht sofort, sondern erst im Laufe eines längeren Zeitraumes zu erfüllen sind, so besteht auch bei dem Spezifikationskaufe die Möglichkeit, dass die Ware im Laufe der Lieferungszeit im Preise steigt; der Käufer, der im Voraus zu dem niedrigeren Preise gekauft hat, macht in diesem Falle ein gutes Ge-

1) In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 23, S. 520 ff.

2) In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 25, S. 299.

3) Bei Bolze Bd. 2, Nr. 1016.

4) Bei Bolze Bd. 4, Nr. 723.

5) R.G. Bd. 14, Nr. 59, S. 243 ff.

6) R.G. Bd. 26, Nr. 39, S. 213 ff.

7) R.G. Bd. 29, Nr. 6, S. 17 ff.; unrichtig wird hier mehrfach auch Reichsoberhandelsgericht Bd. 4, Nr. 28 citiert (von Oertmann S. 203, Marcus S. 45; vgl. unten S. 14).

8) R.G. Bd. 37, Nr. 8, S. 24 ff.

9) Juristische Wochenschrift 1897, S. 114, 115.

schäft; sein Interesse geht in dieser Lage naturgemäss dahin, durch Weiterverwertung die hohen Preise zu erzielen; er wird demnach vielleicht früher, als dem Verkäufer lieb ist, das ganze gekaufte Quantum verlangen und demgemäss seine Spezifikationen einsenden. Auf der anderen Seite besteht aber auch für den Käufer die Gefahr, dass sich der ihm zur Zeit des Abschlusses günstig erscheinende Preis im Laufe der Lieferungszeit als ungünstig erweist, dass infolge sinkender Konjunktur die Ware im Preise fällt und der im Voraus gebundene Käufer noch zu den höheren Preisen abnehmen muss. Sein Wunsch wird, da er anderweit die Ware jetzt billiger kaufen könnte, dahin gehen, vom Kaufe loszukommen oder doch erst dann abzunehmen, wenn der Preis wieder günstiger geworden ist, und um den Wunsch in Wirklichkeit umzusetzen, haben nun die Käufer den Spezifikationsvorbehalt häufig in einer Weise auszunutzen gesucht, die seiner wirtschaftlichen Bestimmung widerspricht. Das Reichsgericht führt darüber in einer seiner neuesten Entscheidungen über den Spezifikationskauf¹⁾ aus: »Wenn ein Preisrückgang eintritt, kommen die Käufer leicht in Versuchung, sich mit der Spezifikation säumig zu erweisen. Sie fangen an zu mäkeln, versuchen am Preise zu drücken, machen Schwierigkeiten. Der Verkäufer oder sein Lieferant hat sich aber auf die Fabrikation eingerichtet, die Fabrik und die für den Fabrikbetrieb angenommenen Techniker und Arbeiter müssen beschäftigt werden. Er kann nicht auf Spezifikation beliebig lange warten, sonst müsste die Fabrik stille stehen oder die Reihenfolge der Fabrikation würde gestört. Er muss also ein Mittel haben, die Anschaffung der Ware oder deren Fabrikation herbeizuführen. Und er

1) I. Senat vom 18. III. 96. R.G. Bd. 37, Nr. 8, S. 27.

muss es haben trotz der Säumnis des Käufers in der Spezifikation«.

Welches aber das oder die Mittel sind, die dem Verkäufer bei der Säumnis des Käufers in der Spezifikation zu Gebote stehen, um den Verkauf der Erfüllung entgegenzuführen, das ist die Frage in fast allen den zahlreichen Urteilen, die den Spezifikationskauf zum Gegenstande haben. Da zur Zeit der Abfassung des alten Handelsgesetzbuchs diese Geschäftsform noch nicht bekannt war, so musste die Rechtsprechung, ohne sich auf eine besondere gesetzliche Bestimmung stützen zu können, die Wege suchen, die nach dem gegebenen Rechtszustande dem Bedürfnis des Verkehrs entsprechen.

Dies ist im Laufe von etwa 20 Jahren, vor allem der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts zum grossen Teil gelungen, freilich nur zum Teil und nicht ohne grosse Opfer für die Verkäufer, die in fast allen diesen Prozessen die Rolle des — verspielenden Klägers spielen. Dass dabei manche einander widersprechende und wenig befriedigende Erkenntnisse gefällt sind¹⁾, kann bei dem Mangel einer gesicherten Rechtsgrundlage nicht Wunder nehmen. Den richtigen Weg hat unsere Rechtsprechung am besten immer dann gefunden, wenn sie von der Erwägung ausging, dass »bei der Beschränktheit der Gesetzes- und Gewohnheitsrechtsnormen gegenüber der Mannigfaltigkeit des Verkehrs vielfach Entscheidungsnormen herangezogen werden müssen, die vom Positiven wenig,

1) Vgl. z. B. A.G. Celle v. 27. XI. 74 bei Seuffert Bd. 32, Nr. 96 R.O.H.G. vom 17. VI. 75, Band 18, Nr. 10.

um so mehr von der Natur der Sache an sich tragen«. (Regelsberger, Pandekten I, 1893. S. 70.)¹⁾

Freilich ist auch hier die Gefahr der Entscheidung nach »natürlichen Rechtsgrundsätzen« nicht fern geblieben: eine bunte Masse von Meinungen über die Behandlung des Spezifikationskaufes herrscht noch heute nicht weniger in der Rechtsprechung als in der Rechtslehre; insbesondere bestehen zwischen dem ersten (preussischrechtlichen) und dem dritten (gemeinrechtlichen) Senat des Reichsgerichts, von denen die Lehre vom Spezifikationskauf in den letzten 10—12 Jahren in erster Linie fortgebildet ist, tiefgehende, offenkundige Meinungsverschiedenheiten über einschlägige Fragen von grundlegender Bedeutung, bei denen das Institut der Plenarentscheidung — ob mit Grund, ist eine andere Frage — bisher versagt hat²⁾.

Da der Mangel einer gesicherten Rechtsgrundlage zu erheblichen Missständen geführt hat, sind bei der Umarbeitung des Handelsgesetzbuchs für den Spezifikationskauf besondere Vorschriften getroffen. Dieselben lauten im § 375 des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897 wie folgt:

»Ist bei dem Kaufe einer beweglichen Sache dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Mass oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten, so ist der Käufer verpflichtet, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen.

Ist der Käufer mit der Erfüllung dieser Verpflichtung im Verzuge, so kann der Verkäufer die Bestimmung statt

1) Vgl. insbesondere in dieser Beziehung R.G. 37, Nr. 8; auch R.G. 30, Nr. 29, R.O.H.G. 15, Nr. 45, S. 148; 22, Nr. 3, S. 8.

2) Vgl. R.G. I. S. vom 9. III. 92, Bd. 29, Nr. 6; III. S. vom 8. IV./27. V. 92, Bd. 30, Nr. 29; I. S. vom 18. III. 96, Bd. 37, Nr. 8; auch III. S. v. 24. XI. 85, Bd. 14, Nr. 59; I. S. v. 24. VI. 89, Bd. 26, Nr. 39.

des Käufers vornehmen oder gemäss § 326 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrage zurücktreten. Im ersteren Falle hat der Verkäufer die von ihm getroffene Bestimmung dem Käufer mitzuteilen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung zu setzen. Wird eine solche innerhalb der Frist nicht vorgenommen, so ist die von dem Verkäufer getroffene Bestimmung massgebend.«

Die hier getroffenen Vorschriften haben in ihrer ersten Fassung (§ 346 des Entwurfs) allseitige Billigung gefunden, so bei H. Lehmann im Archiv für civilistische Praxis Band 86, S. 332, 1896, und bei Gierke in Goldschmidts Zeitschrift, Band 45, S. 519, 1896. Sie sind, wie das Urteil des Reichsgerichts vom 18. März 1896¹⁾ angiebt, das Resultat einer eingehenden Erwägung über den Kauf mit vorbehaltener Spezifikation durch die Kommission von Juristen, Fabrikanten und Kaufleuten, die im November und Dezember 1895 im Reichsjustizamt über die Revision des Handelsgesetzbuchs beriet; vgl. Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs S. 216—218.

In der Litteratur ist der Spezifikationskauf zuerst behandelt von einem Mitgliede des Reichsoberhandelsgerichts, Römer in seinen Abhandlungen aus dem römischen Recht etc., 1877, Nr. 4: Der Kaufvertrag auf Lieferung von Eisen mit dem Recht des Käufers auf sog. Spezifikation (S. 132—148). Im Uebrigen wird der Fall meist erwähnt in der Lehre vom Gläubigerverzug: so u. A. von Kohler, Annahme und Annahmeverzug in Jherings Jahrbüchern Bd. 17, S. 273 fg., 358 fg., 401, 408 fg., 1879, von Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge, insbesondere

1) Bd. 37, Nr. 8, S. 29.

S. 155—167, 1895. Eine »ausführlichere Erörterung der einschlägigen Fragen an der Hand des durch die Judikatur gebotenen Materials« giebt O e r t m a n n im Archiv für civilistische Praxis, Band 85 S. 202—233 (1895): Der Kauf »mit Spezifikation«.

Immerhin mag mit Rücksicht auf die im neuen Handelsgesetzbuche getroffene gesetzliche Regelung — die einzige, die sich in den Kodifikationen des Handelsrechts findet, — eine neue Behandlung nicht ungerechtfertigt erscheinen ¹⁾).

II. Begriff und Arten.

Die erste, einfachste und häufigste Form des Spezifikationskaufes ist folgende: Kaufgegenstand ist ein grösseres Quantum einer in verschiedenen Formen zu liefernden, generisch bestimmten Ware z. B. 10000 Centner Stabeisen erster westfälischer Qualität. Der Käufer hat die Ware innerhalb eines meist im Vertrage ausdrücklich festgesetzten Zeitraumes z. B. innerhalb eines Jahres in einzelnen Teillieferungen abzunehmen, die entweder in gleichmässigen Zwischenräumen fällig werden oder deren Abforderung dem Käufer nach seinem regelmässigen Geschäftsbedarf überlassen ist. Einige Zeit vor der Fälligkeit jeder einzelnen Teillieferung hat der Käufer dem Verkäufer seine Spezifikationen mitzuteilen, das heisst: er hat zu bestimmen, welche Formen, Dimensionen die einzelnen Stücke der je-

1) Nach Vollendung dieser Abhandlung erschien in den Blättern für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts, 8. Jahrgang, 1897: Marcus, Bemerkungen zur Lehre vom sog. Spezifikationskauf nach dem Entwurf des Handelsgesetzbuchs im Hinblick auf die Bestimmungen des Bürgerl. Gesetzbuchs. S. 45—48.

weiligen Lieferung haben sollen. Die Preisberechnung geschieht in der Weise, dass für das ungeformte Eisen ein sogenannter Grundpreis berechnet wird z. B. 155 Mk. für je 1000 Pfd. und dass der Käufer für die Formgebung einen bestimmten sogenannten Ueberpreis bezahlt. Die Ueberpreise sind meist in einer der Vereinbarung ausdrücklich zu Grunde gelegten Skala, der sogenannten Ueberpreisskala, verzeichnet und sind für die einzelnen Formen und Dimensionen je nach dem Maße der zur Formgebung erforderlichen Arbeit höher oder niedriger.

In Ermangelung einer Verabredung darüber, wann die Spezifikation zu geschehen habe, müssen Umstände und Absicht der Parteien entscheiden¹⁾. Ist der Käufer verpflichtet »nach Bedarf« abzunehmen, so hat dies binnen einer solchen Frist zu geschehen, die dem Gesichtspunkte eines verständigen und rechtlichen Kaufmannes entspricht²⁾, insbesondere ist hierfür der regelmässige Umfang der Geschäfte des Käufers maßgebend³⁾.

Wo eine Ueberpreisskala nicht ausdrücklich mitgeteilt ist, tritt an deren Stelle die generell vom Verkäufer zur Zeit des Kaufabschlusses aufgestellte, es entscheidet hierfür nicht das billige Ermessen des Verkäufers⁴⁾; wo auch eine solche generelle Skala nicht vorhanden ist, entscheidet für die Höhe der Ueberpreise das arbitrium boni viri⁵⁾.

Bei manchen Handelsgegenständen fehlen aber auch besondere Ueberpreise ganz. Das ist der Fall, wenn die Kosten der Formgebung für die verschiedenen Formen, Nummern oder Stärken der Ware annähernd gleich hoch

1) Bolze, Bd. 8, Nr. 494, I. S. v. 24. VI. 89.

2) Bolze, Bd. 6, Nr. 552, I. S. v. 26. V. 88.

3) Bolze, Bd. 8, Nr. 317, VI. S. v. 23. IX. 89.

4) R.O.H.G. vom 20. III. 76, Bd. 19, S. 401/2.

5) R.O.H.G. vom 10. XII. 74, Bd. 16, S. 206.

sind; hier bedarf es der Zerlegung in Grund- und Ueberpreis nicht; der Preis bleibt derselbe, gleichgiltig wie der Käufer auch spezifiziere. Dies ist z. B. der Fall beim Garnhandel ¹⁾ und beim Papierhandel.

Während die Grundpreise möglicherweise täglichen Schwankungen unterliegen, die durch die Lage des Handelsmarktes, die jeweilige Konjunktur der Ware verursacht werden, stehen die Ueberpreise als Vergütung für die innerhalb eines grösseren Zeitraumes gleichbleibenden Bearbeitungskosten gewöhnlich fest.

Auf die äussere Herrichtung der Ware ist der Spezifikationsvorbehalt jedoch nicht lange beschränkt geblieben. Schon der Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts vom 17. Juni 1875 ²⁾ liegt ein Fall zu Grunde, bei dem die Ware in weit grösserem Umfange durch die Spezifikation des Käufers bestimmt wird. Der Vertrag ist dort gerichtet auf Lieferung von 400000 Pfd. Walzeisen zum Grundpreise von 54 Thalern, Hufstabeisen zum Grundpreise von 56 Thalern für 1000 Pfund; der Käufer hat die Formen und Dimensionen, in denen diese Eisen-Quantität geliefert werden soll, nach der Ueberpreisskala des Verkäufers zu bestimmen, zu spezifizieren. Vor jeder Teillieferung hat der Käufer demnach anzugeben 1. wie viel von den 400000 Pfd. Eisen er zur Zeit geliefert haben will, 2. wie viel von diesem Teilquantum Walzeisen, wie viel Hufstabeisen sein soll, 3. nach Massgabe der Ueberpreisskala, welche Formen und Dimensionen das jeweils abgeforderte Walzeisen und welche das Hufstabeisen haben soll.

Das Reichsoberhandelsgericht hat hier ausgeführt, dieser Fall sei wesentlich verschieden von jenen einfachen

1) R.G. III. S. v. 24. XI. 85, Bd. 14, Nr. 59, mit Ueberpreisen dagegen I. S. v. 24. VI. 89, Bd. 26, Nr. 39.

2) R.O.H.G. Bd. 18, Nr. 10.

Fällen, in denen dem Käufer ein Bestimmungsrecht nur hinsichtlich der Formen und Dimensionen eines einheitlichen Grundstoffes vorbehalten sei. Denn ein einheitlicher Kaufgegenstand könne zwar dann noch angenommen werden, wenn die Ware in vom Käufer zu bestimmenden Formen geliefert werden solle, dagegen sei eine Verschiedenheit der Gegenstände des Kaufes gegeben, so bald der Käufer die Lieferung der Ware in einer »besseren Qualität« verlangen könne.

Man hat danach die beiden Fälle bis in die neueste Zeit verschieden behandelt, man unterscheidet zwischen einfachem Spezifikationskauf und »kompliziertem«, wie das Reichsgericht im Urteil vom 27. Mai 1892 den Fall nennt, bei welchem dem Käufer auch die Spezifikation der Qualitäten vorbehalten ist¹⁾.

Das Reichsgericht hat — nach seiner Annahme — zuerst in dem eben genannten Urteil über einen solchen komplizierten Fall entschieden. Verkauft waren dort 1. 80000 kg. Bleche zum Grundpreise von 240 Mk. für 1000 kg. Schweisseisenkesselblech, 225 Mk. für 1000 kg. Schweisseisenbehälterblech, 225 Mk. für 1000 kg. Siemensmartinflusseisenblech zur Abnahme bis Ende Juni 1890 und 2. 50000 kg. derselben Blechsorten zu Grundpreisen von 260, 235, 225 Mk. für 1000 kg. zur Abnahme bis Ende 1890, beides »nach Wahl und vorhergehender Spezifikation der Käuferin und mit Ueberpreisen nach Konventionsskala«.

Die Scheidung der einfachen von den komplizierten Fällen erscheint nach diesen beiden Beispielen des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts sehr leicht durchführbar und so scheidet man denn gewöhnlich²⁾:

1) R.G. 30, Nr. 29, S. 100, III. Senat.

2) R.O.H.G. 18, Nr. 10, S. 49; Oertmann S. 203, 204.

Ein »einfacher« Spezifikationskauf liegt vor, wenn ein »generisch und der Qualität (oder Sorte) nach« bestimmtes Warenquantum zu einem einheitlichen Grundpreis verkauft ist und dem Besteller nur die nähere Bestimmung hinsichtlich der Formen, Dimensionen der Ware vorbehalten ist; ein »komplizierter« Spezifikationskauf, wenn ein »nur dem Genus nach« bestimmtes Warenquantum derart verkauft ist, dass dem Käufer ausserdem vorbehalten ist, dies Quantum auf mehrere diesem Genus angehörige Qualitäten (oder Sorten) zu repartieren. Eine Verschiedenheit in der rechtlichen Beurteilung soll es hier ferner ausmachen, je nachdem für jede Sorte oder Qualität ein besonderer Grundpreis festgesetzt ist oder ob der Grundpreis für die verschiedenen Sorten derselbe ist ¹⁾.

Bei den bisher genannten Fällen war diese Scheidung einfach durchzuführen. Im Verkehr kommen nun aber auch Fälle vor, bei denen nicht für einen Grundstoff ein Grundpreis festgesetzt ist, sondern bei denen für verschiedene Fabrikate desselben Grundstoffes je besondere Grundpreise festgesetzt werden. Ein solcher Fall lag dem Urteile des Reichsgerichts vom 12. Dezember 1883 zu Grunde ²⁾: Kaufgegenstand sind 25000 kg. Eisendraht und Drahtstifte zum Grundpreise von 31 Mk. für 100 kg. Draht und 32 Mk. für 100 kg. Stifte, successive zu liefern, Ueberpreise nach besonderer Skala.

Hier macht sich der Mißstand geltend, dass der Sprachgebrauch von Sorte und Qualität sehr unsicher ist ³⁾; von verschiedenen Warensorten oder gar verschiedenen Qualitäten spricht man nicht selten auch dann, wenn es sich

1) Römer S. 145.

2) R.G. Bd. 10, Nr. 26, S. 95 ff. I. Senat.

3) Vgl. Schlodtmann in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 37, S. 14, 15, 18 Anm.

um Fabrikate handelt, die aus demselben Material bestehen und die nur der Form nach verschieden sind.

Die erste Instanz hatte nämlich in dem der Beurteilung des Reichsgerichts unterliegenden Falle einen »komplizierten« Spezifikationskauf gefunden, »weil verschiedene Qualitäten Ware verkauft seien«, der Verkäufer war infolgedessen mit seiner Klage (Schadensersatz auf Grund eines Selbsthülfeverkaufes wegen verweigerter Spezifikation) abgewiesen. Im entgegengesetzten Sinne entscheidet das Reichsgericht, nachdem es ausgeführt hat: »Gegenstand des Vertrages ist eine dem Gewichte nach bestimmte Quantität zu verschiedenen Fabrikaten verarbeiteten Eisens einer und derselben Qualität. Die Bestimmung, in welchen Verarbeitungen der Vertragsgegenstand zu liefern sei, ist dem Beklagten (Käufer) vorbehalten, als Preis ist vereinbart ein Grundpreis«.

Und doch ist verkauft Draht zum Grundpreise von 31 Mk., Stifte zum Grundpreise von 32 Mk. Das Reichsgericht führt hierüber aus, die Stifte seien doch nur eine Verarbeitung des Drahtes. — Ist nicht häufig auch die bessere Qualität nur eine Verarbeitung der schlechteren? Ist vielleicht nicht auch in dem oben (S. 16) erwähnten Falle des Reichsoberhandelsgerichts das Hufstabeisen nur eine Verarbeitung des Walzeisens? — der besondere sogenannte Grundpreis für Stifte werde durch den Grundpreis für Draht unter Hinzurechnung eines Ueberpreises von 1 Mk. gebildet. — Wird vielleicht nicht auch der besondere sogenannte Grundpreis für Hufstabeisen (56 Thlr.) durch den Grundpreis für Walzeisen (54 Thlr.) unter Hinzurechnung eines Ueberpreises (von 2 Thlrn.) gebildet, sodass demnach auch dort entgegen der Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts nicht ein »komplizierter«, sondern ein einfacher Spezifikationskauf vorläge?

Ein ähnlicher Fall, bei dem es zweifelhaft ist, ob man ihn zu den einfachen oder zu den komplizierten Fällen rechnen soll, findet sich im Urteil des I. Senates vom 22. Januar 1895¹⁾. Dort sind 500 Tonnen Schrauben- und Pressmuttereisen mit Spezifikationsvorbehalt verkauft, Schraubeneisen zum Grundpreise von 175 Mk., Pressmuttereisen zum Grundpreise von 173 Mk. für 1000 Pfd. Der äusseren Form des Abschlusses nach scheint es nicht zweifelhaft zu sein, dass es sich hier um einen komplizierten Fall handelt. Das Reichsgericht spricht sich in dem Auszuge bei Bolze nicht darüber aus; indessen wird dort die Entscheidung nach Grundsätzen getroffen, die bisher für den einfachen, nicht aber für den komplizierten Spezifikationskauf Anerkennung gefunden hatten²⁾. Entweder nimmt hier demnach das Reichsgericht einen »einfachen« Fall an³⁾ oder es verwirft die Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung zwischen beiden Fällen.

Unrichtig zählt übrigens O e r t m a n n⁴⁾ — wohl infolge des erwähnten unsicheren Sprachgebrauchs von Sorte, Qualität — den Fall, der dem Urteile des Reichsgerichts vom 24. November 1885⁵⁾ unterlag, zu den komplizierten. Kaufgegenstand sind dort 6 Ballen wollenes Garn, Qualität Single Holdworth new Nr. 8—10 zu 1 sh. 6¹/₄ d. pro Pfd., Abnahme im Laufe der Saison. Wie das Reichsgericht ausdrücklich feststellt, ist unter den Parteien unbestritten,

1) Bei Bolze Bd. 20, Nr. 512. I. Senat.

2) Das Reichsgericht erachtet hier nämlich den Selbsthülfeverkauf bei Säumnis des Käufers in der Spezifikation für zulässig, bisher war dies für den komplizierten Spezifikationskauf nicht anerkannt. Näheres unten.

3) Das ist das Wahrscheinlichste.

4) S. 204, 214.

5) R.G. Bd. 14, S. 243. III. Senat.

die Bezeichnung »8—10« habe die Bedeutung, dass es dem Belieben des Bestellers und dessen weiterer Order (»Particulars«) überlassen bleibe, nach welcher Garnnummer — ob nach Nr. 8, 9 oder 10 — die in Bereitschaft zu haltende Wolle gesponnen werden solle. Und in den Gründen wird nochmals hervorgehoben: »Die Ware ist nach Quantität und Qualität genau individualisiert. Dem Käufer ist nur überlassen, innerhalb gewisser Grenzen die Form (die Garnnummer) zu bestimmen«.

Mit demselben Rechte, mit dem Oertmann Garn verschiedener Nummern verschiedene Garnsorten nennt und danach einen komplizierten Spezifikationskauf annimmt, kann man Flach-, Rund-, Quadrat- und Nageleisen¹⁾ verschiedene Eisensorten, ebenso Draht und Drahtstifte verschiedene Sorten nennen und müsste demgemäss einen komplizierten Spezifikationskauf in diesen Fällen annehmen. Mit Recht stellt aber Oertmann²⁾ den Fall, in dem der Käufer aus diesen verschiedenen »Eisensorten« die Ware zu spezifizieren hat, unter den einfachen Spezifikationskauf.

Der Grund für die vom Reichsoberhandelsgerichte aufgestellte Scheidung in einfache und komplizierte Spezifikationskäufe wird darin gefunden, dass zwar Ware verschiedener Formen, nicht aber Ware verschiedener Qualitäten als einheitlicher Kaufgegenstand aufgefasst werden könne. Diese Ausführung erscheint nicht zutreffend. Die Richtigkeit derselben wird denn auch vom Reichsgericht schon bei dem ersten ihm vorliegenden Falle³⁾ dahingestellt. Es führt dort aus: »An sich wird die Beschaffenheit einer Sache nicht durch den Stoff allein, sondern auch

1) R.O.H.G. 14, Nr. 18, S. 42, U. v. 27, VI. 74.

2) S. 203.

3) R.G. 10, S. 95 ff.; I. Senat.

durch die Form bestimmt¹⁾. Draht und Drahtstifte aus demselben Material sind verschiedene Waren, aber auch Draht verschiedener Dicke, Drahtstifte verschiedener Länge und Dicke, beschnittenes und unbeschnittenes Papier, Bauholz in Stücken von 5 m Länge und in Stücken von 10 m Länge. Wird die eine Warengattung (Sprachgebrauch!) geschuldet, so kann der Schuldner nicht durch Leistung einer anderen erfüllen, noch kann der Gläubiger die Lieferung einer anderen verlangen. Es ist aber auch sehr wohl denkbar, dass die Kontrahenten von der Form gänzlich oder in tantum abstrahieren, dass ein gewisser Stoff in den verschiedenen Formen als eine Warengattung aufgefasst und als solche zum Gegenstande eines Rechtsgeschäftes gemacht wird«. Weiter unten heisst es dann: »Nicht zu untersuchen ist hier, ob die in Band 18, Nr. 10, R.O.H.G. aufgestellte Ansicht richtig ist, dass, wenn nicht bloss die Bestimmung der Form, sondern auch die des Stoffes dem Käufer überlassen ist, der Selbsthilfeverkauf nicht zulässig ist«.

Im Urteile vom 9. März 1892²⁾ gelangt derselbe Senat, allerdings nur »auf Grund besonderer Umstände nach der Lage des einzelnen Falles« dahin, »dass die den Gegenstand des Vertrages bildenden Hobelbretter ungeachtet der verschiedenen Masse und Qualitäten doch nur als eine einzige Warengattung aufgefasst werden und als solche zum Gegenstande des Vertrages in der Weise gemacht worden seien, dass als Gegenstand des Kaufvertrages 5 bis 10 Waggons Hobelwaren, abgesehen von den Dimensionen und Qualitäten, in Betracht kommen«.

Endlich giebt der III. Senat im Urteil vom 8. April

1) Vgl. hierzu besonders Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. II, 2. Aufl. 1883, § 61, Die Qualität.

2) R.G. Bd. 29, Nr. 6, S. 18, I. Senat.

und 27. Mai 1892 ¹⁾) allgemein ohne Beschränkung auf den Einzelfall die Ausführungen des Reichsoberhandelsgerichts als unrichtig auf: »Trotz der möglichen verschiedenen Gestaltung des Vertragsinhaltes besteht nur ein Vertrag . . . Es scheint nicht geboten zu unterscheiden, ob die Wahl des Käufers nur die Herstellungsart, insbesondere die Formgebung, oder ob sie auch den Stoff betrifft. Beide Arten von Bestimmung stellen Merkmale fest, welche die lieferbare Ware haben soll, entscheiden also über das Genus der Ware, über Gattung, Art, Unterart«.

Mit Recht haben diese Ausführungen des Reichsgerichts in der Theorie Beifall gefunden ²⁾). Das neueste umfassende Urteil des Reichsgerichts über unseren Fall vom 18. März 1896 ³⁾) erwähnt daher die Scheidung gar nicht mehr. Kaufgegenstand sind dort 2000 Centner Strohpappen, gelbe Mittelstärken zu 137 Mk. für 1000 kg., Formataufgabe vorbehalten. Für einseitig weiss beklebte Pappen sollte ein Aufschlag (oder Ueberpreis, wie es später heisst) berechnet werden, sodass der Preis für 1000 kg sich dann auf 161 Mk. belief. Ob nach der Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts hier ein komplizierter Spezifikationskauf vorliegt oder ein einfacher, dürfte kaum allseitig übereinstimmend entschieden werden.

Wenn auch weitaus in den meisten Fällen die Spezifikation des Käufers sich auf die Formen der Ware bezieht, so finden sich doch auch Spezifikationskäufe derart, dass der Käufer das Gesamtquantum aus verschiedenen Sorten zu verlangen hat, ohne dass daneben eine Formenspezifikation stattfindet.

1) R.G. Bd. 30, Nr. 29, S. 102.

2) Oertmann, S. 209, 215; Hirsch, S. 166; Staub, Kommentar zum H.G.B. 3. u. 4. Aufl. 1896, § 19 zu Art. 337.

3) R.G. Bd. 37, Nr. 8, S. 24 ff., I. Senat.

Dahin gehört der Fall¹⁾, in dem ein Quantum Salz den Kaufgegenstand bildet, dem Käufer aber vorbehalten ist, nach Bedarf zu bestimmen, wie viel gewöhnliches, wie viel Tafel- oder Buttersalz zu dem dafür bestimmten höheren Preise er zu haben wünscht.

Dem Urteile des Reichsgerichts (I. Senats) vom 8. Juli 1885²⁾ lag der Fall zu Grunde, dass der Käufer von 3000—5000 Ballons Salzsäure innerhalb des Bestellungs-jahres zu spezifizieren hatte, wie viel rohe, wie viel gerei-nigte Ware geliefert werden solle.

Das Urteil des Reichsgerichts (VI. Senats) vom 12. März 1888³⁾ handelt von einem Sodakauf; der Käufer hatte hier zu spezifizieren, in welchen verschiedenen »Gra-den« die Soda zu fabrizieren sei.

Den Spezifikationskäufen sehr nahe verwandt ist der im Urteil des Reichsgerichts vom 20. Februar 1895⁴⁾ be-handelte Fall: Kaufgegenstand waren dort »150 Stück Tuch Nouveautés aus der Sommerkollektion 1893«. Käufer hatte innerhalb einer Woche nach dem am 16. September 1892 erfolgten Abschluss darüber zu »disponieren«, nach welchen der 150 Muster, aus der die Sommerkollektion bestand, die 150 Stück angefertigt werden sollten, und hatte die Ware in den Monaten Dezember 1892—Februar 1893 ab-zunehmen. Die Preise betrugen⁵⁾ für Muster 1—38 6 Mk., 39—93 5,40 Mk., 94—113 5 Mk., 114—150 4,60 Mk. für das Meter. Bis Ende Februar 1893 hatte der Käufer nur

1) A.G. Köln vom 27. IV. 75 in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 25, S. 299.

2) Bolze, Bd. 2, Nr. 1016; vgl. auch III. S. v. 13. VII. 88, daselbst Bd. 6, Nr. 556, Theer in dünn- oder dickflüssiger Form.

3) Bolze, Bd. 5, Nr. 676.

4) R.G. Bd. 35, S. 1 ff. I. Senat.

5) Nach Bolze, Bd. 20, Nr. 515.

über 46 Stück disponiert, nach einem am 1. März 1893 zu stande gekommenen Vergleich sollte der Käufer die Disposition über die noch rückständigen 100 Stück bis 1. Juni erteilen (jetzt aus 260 Mustern) und die Ware bis Ende August abnehmen. Der Käufer erteilte die Disposition nicht, Verkäufer klagte deshalb auf Schadensersatz.

Die beiden unteren Instanzen scheinen hierin einen Spezifikationskauf gesehen zu haben; das Reichsgericht erkennt zwar an, dass der Vertrag einen einheitlichen Charakter habe, jedoch nicht als Spezifikationskauf betrachtet werden könne, bei welchem — so definiert das Reichsgericht — »ein Grundstoff den eigentlichen Vertragsgegenstand bildet und nur die Maße, in denen derselbe zu liefern ist, beziehungsweise seine sonstige Individualisierung der Bestimmung des Käufers vorbehalten sind. Sowohl nach der Art der Preisfestsetzung wie nach der Beschaffenheit der Ware erscheinen im vorliegenden Falle die einzelnen Muster als verschiedene Warensorten, genauer als verschiedene mit Wahlbefugnis des Käufers alternativ verkaufte Waren«.

Dies *judicium finium regundorum* zwischen dem vorliegenden Falle und dem Spezifikationskaufe erscheint mir etwas allzuknapp gefasst zu sein.

Ohne weiteres muss allerdings zugegeben werden, dass mit dem Spezifikationskaufe in seiner einfachsten und häufigsten Gestalt dieser Fall wenig Aehnlichkeit besitzt. Es fehlt Grund- und Ueberpreis und Vorbehalt der Formenbestimmung; man möchte hier umgekehrt sagen: die Form der Ware steht von vornherein fest, der Stoff derselben ist innerhalb gewisser Grenzen der Bestimmung des Käufers vorbehalten. Immerhin ist doch auch bei dem Kaufe von Schweisseisenkesselblech, Schweisseisenbehälterblech, Sie-

mensmartinflusseisenblech zu Preisen von 260, 235, 225 Mk.¹⁾ dem Käufer, wenn auch in geringerem Umfange als hier, die Spezifikationsbefugnis aus verschiedenen Warensorten vorbehalten. Dass daneben der Vorbehalt der Formenbestimmung für den Begriff des Spezifikationskaufes wesentlich sei, nehme ich mit Oertmann²⁾ nicht an. Das Reichsgericht hebt hervor, dass bei dem Spezifikationskaufe ein Grundstoff den eigentlichen Vertragsgegenstand bildet und nur die Maße, in denen derselbe zu liefern ist, bzw. seine sonstige Individualisierung der Bestimmung des Käufers vorbehalten sind. Gerade darin scheint mir das Allzuknappe der Ausführungen des Reichsgerichts zu liegen, dass nicht erörtert wird, in wieweit man noch von Vorbehalt »sonstiger Individualisierung« eines Grundstoffes sprechen kann. Einem Grundstoffe gehören nach dem Urteil des dritten Senates vom 27. Mai 1892³⁾ Schweisseisenkesselblech, Schweisseisenbehälterblech, Siemensmartinflusseisenblech an, denn es sind erkennbar sämtlich Eisenbleche. So wenig Blech einen Grundstoff bezeichnet, vielmehr nur eine Erscheinungsform für mancherlei Grundstoffe (Eisen-, Kupfer-, Messingblech), so wenig giebt die Bezeichnung »Tuche Nouveautés« einen Aufschluss darüber, ob man noch von einem einheitlichen Grundstoffe sprechen darf. Aus der Entscheidung des Reichsgerichts geht nicht hervor, ob es sich dort nur um Wolltuche oder nur um Baumwolltuche etc. handelt; dies scheint nicht der Fall zu sein. Wäre es doch so, so würde trotz der verschiedenen 150 Sorten, die in vier grössere Klassen nach dem Preise (Muster 1—38 6 Mk., 39—93

1) R.G. Bd. 30, Nr. 29.

2) Oertmann, S. 204; vgl. oben S. 23/24.

3) Bd. 30, Nr. 29.

5,40 Mk., 94—113 5 Mk., 114—150 4,60 Mk. für das Meter) zusammengefasst sind, ein Grundstoff und damit ein Spezifikationskauf gegeben sein.

Freilich ist die Frage, ob zum Begriffe des Spezifikationskaufes notwendig ein Grundstoff gehört, wohl noch nicht endgültig entschieden. Würde man dafür das Erfordernis einer Gattung der Ware genügen lassen, so liesse sich jener Tuchkauf doch unter den Spezifikationskauf stellen. Denn den Begriff der Gattung können die Vertragsparteien beliebig weit fassen, also auch dahin, dass Tuche jeglichen Stoffes eine einzige Gattung bilden, sodass Woll-, Baumwoll-Leinentuch etc. zu einer und derselben Gattung gehören. Innerhalb dieser Gattung stellen dann z. B. Wolltuche eine Untergattung, eine Sorte dar. Dem Käufer wird hier vorbehalten, aus dieser Gattung innerhalb der vertragsmässigen Frist die einzelnen Sorten anzugeben, in denen er das gekaufte Gesamtquantum geliefert haben will. M. E. ist damit der »einheitliche Charakter des Vertrages« besser vereinbar, als wenn man mit dem Reichsgericht verschiedene mit Wahlbefugnis des Käufers alternativ verkaufte Waren annimmt. Die vom Reichsgericht aufgestellte Scheidung scheint mir ebenso wenig notwendig zu sein, wie es die vom Reichsoberhandelsgerichte¹⁾ aufgestellte, vom Reichsgerichte²⁾ verworfene Scheidung des komplizierten Spezifikationskaufes vom einfachen war.

Wirtschaftlich ist jener Tuchabschluss jedenfalls recht nahe mit dem Spezifikationskaufe verwandt, danach wird im Interesse der Handelswelt auch rechtlich eine möglichst gleiche Behandlung beider Geschäfte wünschenswert sein.

Im § 375 des neuen Handelsgesetzbuchs wird nun

1) R.O.H.G. Bd. 18, Nr. 10.

2) R.G. Bd. 30, Nr. 29.

der Spezifikationskauf definiert als Kauf einer beweglichen Sache, bei welchem dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten ist.

Die Fassung des Entwurfs (§ 346) weicht hiervon insofern ab, als dort gesagt wird Kauf einer »vom Verkäufer herzustellenden« beweglichen Sache. Die Fassung des Gesetzes verdient den Vorzug, denn zwar wird regelmässig der Verkäufer die Ware erst nach dem Abschluss anfertigen oder herrichten, allein dies ist dem Spezifikationskauf nicht wesentlich. Ein solcher liegt vielmehr auch vor beim Kaufe vom Zwischenhändler, der die Ware nicht selbst herstellt, sondern der auf Grund eines seinerseits mit einem Fabrikanten geschlossenen Spezifikationskaufes die Ware nach den Spezifikationen der einzelnen Käufer herrichten lässt oder der vom Lager verkauft und je nach der Räumung desselben seine Lagerbestände wieder ergänzt.

Ungewohnt und wenig anschaulich erscheint bei der Definition im Handelsgesetzbuch die Bezeichnung des Kaufgegenstandes, der aus einer grossen Anzahl, der Form und dem Stoff nach häufig sehr verschiedenen, Stücken besteht, der ferner im Laufe eines längeren Zeitraumes in unbestimmt vielen Teilquantitäten geliefert wird, als eine bewegliche Sache. Der natürlichen Auffassung nach handelt es sich hier um eine grosse Anzahl von mehr oder weniger verschiedenen Sachen, die allerdings »den Kaufgegenstand«, »die Ware« bilden. Man möchte geneigt sein nach dieser Definition als Spezifikationskauf Fälle zu behandeln, für die wohl kaum die hier unternommene gesetzliche Regelung erforderlich wäre: z. B. Jemand bestellt für seinen Sohn bei einem Schneider einen Anzug für etwa 80 Mk., der Anzug ist herzustellen aus einem bestimmten Stück Tuch, der Besteller vermag die Maße nicht anzugeben, verspricht seinen Sohn zum Maßnehmen

zu schicken; er behält sich also beim Kaufe einer von dem Verkäufer herzustellenden beweglichen Sache die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vor. Dass sich für solche Fälle nicht eine besondere gesetzliche Regelung als wünschenswert erwiesen hat erscheint zweifellos.

Das Handelsgesetzbuch stellt, wie dies der praktischen Bedeutung entspricht, den einfachen Spezifikationskauf in die erste Linie, indem es den Vorbehalt in Betreff der Form oder des Maßes der Ware hervorhebt. Damit sind aber die komplizierten Fälle keineswegs ausgeschlossen; es heisst vielmehr, dass ein Spezifikationskauf auch dann vorliegt, wenn dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten ist. Kraft dieser *clausula generalis* unterliegen künftig auch die komplizierten Fälle der Regelung des § 375 H.G.B.

III. Rechtliche Konstruktion.

In den Entscheidungen der Gerichte, die den Spezifikationskauf betreffen, ist mehrfach, besonders in der ersten Zeit die Frage aufgeworfen¹⁾, ob denn bis zur Erteilung der Spezifikation überhaupt schon von einem bindenden Vertrage die Rede sein könne, da Ware und Preis in gewisser Weise noch unbestimmt seien.

Nach der Entstehung der Geschäftsart und nach der Auffassung des Verkehrs kann kein Zweifel daran bestehen, dass Verkäufer und Käufer ein für beide Teile sofort verbindliches Geschäft eingehen wollen. Ware und Preis sind allerdings noch nicht nach jeder Richtung hin be-

1) Vergl. Tabelle unter I.

stimmt, allein zur rechtlichen Gebundenheit genügt, dass der Inhalt der beiderseitigen Leistungen auf Grund des Vertrages ohne neue Vereinbarungen bestimmt werden kann. Dies ist hier vereinbarungsgemäss dem Käufer überlassen. So wenig nun sich bei Alternativkäufen mit Wahlrecht des Käufers dieser durch Nichtausübung des Wahlrechts von seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises zu befreien vermag, so wenig vermag er sich beim Spezifikationskaufe durch Nichterteilung der Spezifikation seinen Verbindlichkeiten aus dem Kaufe zu entziehen.

In der Annahme eines bindenden Vertrages hat denn auch von Anfang an Theorie und Praxis einmütig übereingestimmt¹⁾. Selbstverständlich geht auch das neue Handelsgesetzbuch von diesem Standpunkte aus. Eine andere Frage, die keineswegs ebenso einmütig beantwortet wird, ist es, welche Mittel zu Gebote stehen, um den zunächst auf die Mitwirkung des Käufers angewiesenen Verkäufer zu seinem Rechte zu verhelfen, wenn der Käufer seine Mitwirkung innerhalb der verabredeten Zeit versagt. Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es einer vorgängigen Untersuchung über die rechtliche Konstruktion²⁾ unseres Geschäftes.

Wie die ganze Lehre vom Spezifikationskauf fast ausschliesslich durch die Rechtsprechung ausgebildet ist und noch weiter ausgebildet wird, so kommen auch für diese Frage die Ausführungen der beiden Reichsgerichte in erster Linie in Betracht.

Zuerst hat sich darüber das Urteil des Reichsoberhandelsgerichts vom 7./25. November 1874³⁾ ausgelassen. Ver-

1) Vgl. die Ausführungen bei Oertmann, S. 205—208.

2) Vgl. Tabelle unter H.

3) R.O.H.G. Bd. 15, Nr. 45, S. 146/7.

kauft war eine Quantität Walz- oder Stabeisen erster westfälischer Qualität, dem Käufer war die Spezifikation der üblichen Formen, Dimensionen innerhalb einer gewissen Frist vorbehalten. Es heisst dort: »Durch eine solche Bestimmung wird der Gegenstand des Vertrages selbst nicht berührt, insbesondere wird die Verpflichtung des Verkäufers nicht zu einer alternativen, sodass so viele Quantitäten in obligatione wären, als Formen des Stabeisens üblich sind, und Käufer das Recht hätte, aus diesen verschiedenen Gegenständen eine auszuwählen. In obligatione bleibt lediglich die vereinbarte Quantität der bestimmten Ware, hier also Stabeisen erster westfälischer Qualität«. In diesem Urteil ist also — mehr negativ — ausgesprochen, dass der Vorbehalt der Spezifikation die Verpflichtung des Verkäufers nicht zu einer alternativen macht.

Im Urteil vom 10. Dezember 1874¹⁾ wird dagegen positiv der Einfluss des Spezifikationsvorbehaltes auf den Vertragsinhalt dahin bestimmt, dass ein Hauptvertrag vorliege, der zum Gegenstand den Grundstoff hat, und ein Nebenvertrag über die Formgebung — wie es scheint als *locatio conductio operis* gedacht. In späteren Erkenntnissen tritt diese Trennung nicht wieder so scharf hervor, allerdings lässt hier die Bezugnahme auf dies Urteil einen Schluss auf die nicht abweichende Meinung zu.

Mehrfach aber wendet sich das Reichsoberhandelsgericht²⁾ und das Reichsgericht³⁾ gegen die Annahme einer Alternativobligation. Das beweist schon, dass wenigstens eine gewisse Aehnlichkeit mit den Alternativobligationen,

1) R.O.H.G. Bd. 16, Nr. 59, S. 205.

2) R.O.H.G. Bd. 22, Nr. 3, S. 6.

3) R.G. Bd. 10, Nr. 26, S. 98; Bd. 29, Nr. 6, S. 19.

bei denen dem Gläubiger das Wahlrecht zusteht, vorhanden ist. Römer¹⁾ giebt denn auch die Möglichkeit beider Auffassungen zu, entscheidet sich aber für die Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts, weil nach der Art der Uebereinkunft — der Festsetzung eines Grundpreises, neben dem Ueberpreise herlaufen — die Formen der Ware zwar nicht als etwas Unwesentliches, aber doch als etwas Nebensächliches erscheinen.

Demgegenüber führt Hirsch²⁾ aus: »Allerdings ist zuzugeben, dass das Wahlrecht des Käufers, sofern den Gegenstand desselben nur die Form der Ware bildet, an recht enge Grenzen gebunden ist. Aber immerhin ist bis zur definitiven Bestimmung der Ware nach allen Richtungen hin eine Wahl erforderlich und dieser Umstand reicht aus, um den Kauf als alternatives Geschäft zu bezeichnen«. Auch Windscheid³⁾ will die Grundsätze der alternativen Obligationen hier angewandt wissen, er scheidet sehr eigenartig Alternativobligationen, bei denen die Alternativen generisch bestimmt sind z. B. ein Pferd oder 500 Mk., und Genusobligationen, bei denen die generische Bestimmungsweise zugleich alternativ ist: »eine Leistung von diesen Merkmalen und ausserdem von den Merkmalen a oder b«. Hierher stellt er den Spezifikationskauf.

Ueber die Gestaltung der Alternativen finden wir bei den Verteidigern dieser Auffassung keine nähere Angaben; man erklärt: es liegt ein wenn auch an recht enge Grenzen gebundenes Wahlrecht vor, daher ist die Annahme einer Alternativobligation unabweislich⁴⁾. Dagegen giebt

1) S. 133.

2) S. 161.

3) Pandekten § 255, A. 15.

4) Kohler in Jherings Jahrb. Bd. 17, S. 359.

Einiges Römer¹⁾: »Den Inhalt des Geschäftes kann man dahin auffassen, es seien so viele Gegenstände alternativ geschuldet, als es Formen sind, zwischen denen der Besteller die Wahl hat«. Angenommen, es bestände nur zwischen zwei Formen die Wahl, so würden danach zwei Gegenstände alternativ geschuldet, nämlich der Gegenstand in Form I und der Gegenstand in Form II. Dem Charakter der Alternativobligation würde es entsprechen, wenn der Käufer nur einen von beiden Gegenständen verlangen könnte; das ist aber beim Spezifikationskaufe nicht der Fall, vielmehr hat der Käufer — darüber besteht kein Zweifel — das Recht, das gekaufte Quantum teilweise in Ware der einen, teilweise in Ware der anderen Form zu verlangen. Die Grösse dieser Teile ist völlig in sein Belieben gestellt, nur müssen die beiden Teilquanten zusammen das Gesamtquantum ausmachen.

Die von Römer als möglich bezeichnete Auffassung ist danach unrichtig. Damit ist freilich keineswegs die Möglichkeit der Annahme einer Alternativobligation überhaupt ausgeschlossen, sondern nur die einer Alternativobligation mit nur zwei Alternativen. Vielmehr würde, wenn sich die Spezifikationsbefugnis auch nur auf zwei Formen bezieht, eine unbegrenzte Anzahl von Alternativen anzunehmen sein, deren jede das Gesamtquantum umfasst. Diese Alternativen grenzen sich je nach dem Verhältnis, in dem sie aus Ware der einen und aus Ware der anderen Form bestehen, von einander ab, z. B. würde bei einem Spezifikationskaufe von 100 Centner Eisen eine der Alternativen lauten:

100 Ctr. Eisen, Form I 75 Ctr. + Form II 25 Ctr.; eine andere:
100 Ctr. Eisen, Form I 74 Ctr. + Form II 26 Ctr.; eine dritte:
100 Ctr. Eisen, Form I 76 Ctr. + Form II 24 Ctr. u. s. f.

1) S. 133.

Kraft des an »recht enge Grenzen« gebundenen Wahlrechts würde also der Käufer aus einer grossen Anzahl von — der Theorie nach wenigstens — verschiedenen Kaufgegenständen zu wählen haben, die sich aber praktisch vielfach in nennenswerter Weise gar nicht von einander unterscheiden. Es erscheint gekünstelt hier von *plures res in obligatione, una in solutione* zu sprechen. Bei der echten Alternativobligation findet gewöhnlich eine Wahl zwischen zwei sich deutlich von einander unterscheidenden Gegenständen statt, — aut Stichus aut decem ¹⁾ —, hier dagegen handelt es sich stets um dieselbe Quantität und um denselben Stoff (100 Ctr. Eisen), endlich auch um dieselben Formen (Form I und II); eine Verschiedenheit wird nur durch die grössere oder geringere Bestellung der einen oder anderen Form bewirkt. Die Regel bildet bei den Alternativobligationen das Wahlrecht des Schuldners; dass hier ein Wahlrecht des Gläubigers gegeben ist, spricht nicht gegen das Vorhandensein einer Alternativobligation, wohl aber, dass hier, falls das Wahlrecht dem Schuldner zustehen würde, oder richtiger, falls der Schuldner nach seinem Belieben Ware der einen oder der anderen Form liefern dürfte, niemand von einer Alternativobligation sprechen würde. Bei Alternativobligationen wird in der Regel das Wahlrecht durch einmal vollzogene Wahl erschöpft, hier aber finden successive Bestimmungen statt, deren Zahl vom Belieben des Gläubigers abhängt.

Das Reichsoberhandelsgericht hat daher mit Recht die Annahme einer Alternativobligation abgewiesen und behandelt den Spezifikationskauf als reine Genusobligation.

Unrichtig erscheint aber die vom Reichsoberhandelsgericht vorgenommene Zerlegung des Geschäftes in Haupt-

1) Oertmann, S. 211.

und Nebenvertrag. Es ist zuzugeben, dass die dem Gerichtshofe vorliegenden Fälle einen gewissen Anhalt zu dieser Zerlegung gaben; denn es findet sich dort stets für den Grundstoff ein Grundpreis, zu dem für die Formgebung Ueberpreise treten. Aber wie schon hervorgehoben ist, findet sich diese Zerlegung durchaus nicht immer, — wo sie vorkommt, hat sie, wie Oertmann¹⁾ mit Recht hervorhebt, nur rechnungsmässige Bedeutung — sondern häufig steht der Preis von vornherein seinem ganzen Umfange nach fest; der Käufer kann dafür Ware in den von ihm beliebten Formen verlangen.

Wie wenig aber die Zerlegung in zwei Verträge auf dem Boden des gemeinen Rechts wenigstens gerechtfertigt ist, dafür giebt einen Beweis der §. 4 J. de loc. et cond. 3,24, der in erster Reihe allerdings nur die Grenzlinie zwischen Kauf- und Werkvertrag bestimmen soll: Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahi videatur. Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conductionem, sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. In l. 2 §. 1 D. loc. cond. 19, 2 finden wir denselben Fall, dort heisst es am Schluss: sed placet unum esse negotium. M. E. liegt die Sache in unserem Falle nicht anders.

So wenig in dem durch die Quellen bezeugten Fall ein Nebenvertrag angenommen wird, kraft dessen der Verkäufer sich verpflichtet, aus dem Metall die Ringe anzufertigen, so wenig ist bei dem Spezifikationskaufe ein Nebenvertrag anzunehmen, durch den der Verkäufer sich

1) S. 213.

verpflichtet, aus dem Grundstoff Ware in den verschiedenen, der Angabe des Käufers vorbehaltenen Formen herzustellen, vielmehr entspringt diese Verpflichtung aus dem Kaufvertrage selbst.

Im Urteil vom 27. Mai 1892¹⁾ hat denn auch das Reichsgericht die vom Reichsoberhandelsgericht angenommene Zerlegung in Haupt- und Nebenvertrag verworfen und nimmt einen Vertrag an, dessen einheitlicher Charakter nicht dadurch berührt wird, dass in Ansehung seines Inhalts zunächst innerhalb gewisser Grenzen eine Ungewissheit bestehen bleibt.

Eine hiervon völlig verschiedene Konstruktion glaubt das Reichsoberhandelsgericht bei dem sog. komplizierten Spezifikationskauf annehmen zu müssen. Darüber finden sich im Urteile vom 17. Juni 1875²⁾ folgende Ausführungen: »Es liegen, wo dem Käufer die Wahl zwischen zwei verschiedenen Qualitäten gelassen und für jede derselben ein anderer Preis verabredet ist, zwei verschiedene Kaufverträge vor, welche in dem Verhältnisse zu einander stehen, dass erst durch Erklärung des Käufers, der aber zur Abgabe dieser Erklärung binnen bestimmter Frist verpflichtet ist, gewiss wird, welcher von beiden Kaufverträgen definitiv geschlossen werden solle, während, wenn der Kaufpreis für beide Qualitäten gleich wäre, eine Verschiedenheit bloss des Gegenstandes des Kaufs und daher nur Eine Obligation, eine alternative Obligation vorhanden wäre«.

Römer, damals Mitglied des Reichsoberhandelsgerichts, stimmt mit dieser Konstruktion so sehr überein³⁾, dass ich annehmen möchte, er selbst habe jenes merkwürdige Urteil

1) R.G. XXX, S. 100, (III. S.)

2) R.O.H.G. 18, Nr. 10, S. 49.

3) S. 134 ff.

abgefasst. Nach seiner Ansicht liegen hier zwei suspensiv bedingte Kaufverträge vor; die Bedingung lautet in beiden Fällen »wenn der Käufer will«. Der Käufer ist aus keinem dieser Käufe vor der Erklärung seines Wollens auch nur bedingt verpflichtet; denn wer unter der Bedingung seines eigenen Wollens verpflichtet ist, ist überhaupt nicht verpflichtet¹⁾. Die Verpflichtung, einen der beiden Käufe definitiv abzuschliessen, ist daher nicht auf eine bedingte Kaufsverpflichtung, sondern nur auf ein pactum de contrahendo, den einen oder den anderen Kauf zu schliessen, zurückzuführen. Der Lieferant ist dagegen nicht aus einem blossen pactum de contrahendo, sondern aus mehreren bedingten Käufen als Verkäufer unter der Bedingung verpflichtet, dass der Käufer durch seine Erklärung den einen oder anderen Kauf abschliesst.

Es ist auffällig, dass eine solche Konstruktion längere Zeit unbeanstandet geblieben ist. Zunächst ist hiergegen oben schon eingewandt, dass die Behauptung des Reichsoberhandelsgerichts, eine Verschiedenheit der Qualität der nur dem Genus nach bestimmten Ware begründe eine Verschiedenheit des Kaufgegenstandes, in ihrer Allgemeinheit nicht richtig ist. Vielmehr können die Vertragschliessenden vereinbaren, dass der Unterschied in der Qualität der dem Genus nach bestimmten Ware belanglos sein soll; dann ist ein Kaufgegenstand vorhanden, wenn er zusammengesetzt wird aus Stücken, die demselben Genus angehören.

Aber auch angenommen, es sei eine Verschiedenheit der Gegenstände des Kaufs gegeben, so ist dennoch die

1) l. 8 D. de O. et A. 44, 7: Sub hac condicione „si volam“ nulla fit obligatio, pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis.

Konstruktion des Reichsoberhandelsgerichtes unzutreffend. Kaufgegenstand waren in jenem Falle ¹⁾ 400000 Pfund Walzeisen zu 54 Thaler für 1000 Pfd., Hufstabeisen zu 56 Thaler. Durch die Erklärung des Käufers soll hier gewiss werden, welcher von beiden Kaufverträgen definitiv geschlossen werden soll. Das würde wohl richtig sein, wenn der Käufer nur entweder 400000 Pfd. Walzeisen oder aber 400000 Pfd. Hufstabeisen verlangen könnte. Dies ist aber durchaus nicht der Fall. Wenn der Käufer die Lieferung der 400000 Pfd. unter beliebiger Teilung aus den beiden Qualitäten verlangen darf — und das macht gerade den besonderen wirtschaftlichen Charakter des Spezifikationskaufs aus —, wenn er bei den einzelnen Teillieferungen bald mehr Ware von der einen, bald mehr von der anderen Qualität abfordert, so schliesst der Käufer keinen der beiden Kaufverträge ab, sondern bei jeder Teilspezifikation regelmässig je zwei Kaufverträge.

Trotz der offenbaren Unrichtigkeit dieser Konstruktion hat sich lange Zeit kein Widerspruch dagegen erhoben, und noch das Urteil des Reichsgerichts vom 9. März 1892 ²⁾ lässt für die Regel diese Konstruktion des komplizierten Spezifikationskaufes gelten; es führt aus: »Wenn auch in der Regel eine der Zahl der verschiedenen Qualitäten mit verschiedenen Preisen entsprechende Mehrheit von Käufen anzunehmen sein wird, so steht dies doch nicht entgegen, dass auf Grund besonderer Umstände nach der Lage des einzelnen Falles ein bestimmter Kauf angenommen wird«. Kaufgegenstand ist hier nach der Ansicht des Reichsgerichts Ware einer einzigen Gattung, nämlich »5 bis 10 Waggons Hobelwaren (Bretter), abgesehen von den Dimen-

1) R.O.H.G. 18, Nr. 10.

2) R.G. 29, Nr. 6, S. 18.

sionen und Qualitäten«. Immerhin verlangt hier der erste Senat für diese Annahme besondere Umstände und findet diese in dem ihm vorliegenden Falle besonders darin, dass in dem über den Kauf ausgestellten Schlussscheine als verkauft nur Waren I. Qualität aufgeführt und bloss am Rande auch die Preise für die II. Qualität bemerkt sind. Hieraus schliesst der erste Senat, dass Ware II. Qualität »nicht als alternativer Kaufgegenstand bestimmt worden« sei, »sondern nur die Möglichkeit, auch diese zu wählen (facultas alternativa), nebenbei in Betracht gezogen« sei.

Der III. Senat des Reichsgerichts verlässt dagegen im Urteil vom 27. Mai 1892¹⁾ völlig den vom Reichsoberhandelsgericht eingenommenen Standpunkt, der im wesentlichen noch von dem I. Senate in dem eben citierten Urteil (vom 9. März 1892) innegehalten wird, und führt aus: »Es steht bei den Contrahenten, die Bestandteile des einzugehenden Vertrages nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar zu bestimmen. Die vorläufig gelassene Ungewissheit kann der Hebung durch ein künftig aufklärendes Ereignis einstweilen überlassen bleiben, und dieses Ereignis kann in der Willensentscheidung des einen Teils bestehen . . . In Ansehung des Inhalts des Vertrages bleibt zunächst innerhalb gewisser Grenzen eine Ungewissheit bestehen, und es schaltet sich ein Schwebezustand ein; aber trotz der möglichen verschiedenen Gestaltung des Vertragsinhaltes besteht nur ein Vertrag . . . und es scheint nicht geboten zu unterscheiden, ob die Wahl des Käufers nur die Herstellungsart, insbesondere die Formgebung, oder ob sie auch den Stoff betrifft. Beide Arten von Bestimmung stellen Merkmale fest, welche die lieferbare Ware haben soll, entscheiden also über das Genus der Ware, über Gattung, Art, Unterart«.

1) R.G. Bd. 30, Nr. 29, S. 102.

Hirsch¹⁾ glaubt aus den Ausführungen des Reichsgerichts in diesem Urteil folgern zu können, dass dieses jetzt jeden Spezifikationskauf für eine Alternativobligation ansehe; allein mit Unrecht. Das Reichsgericht beschränkt sich auf die Ausführung, dass in Ansehung des Inhalts des Vertrages innerhalb gewisser Grenzen eine Ungewissheit bestehen bleibe, dass aber dadurch die Annahme eines einheitlichen Vertrages ebensowenig ausgeschlossen sei wie bei einer Alternativobligation mit Wahlrecht des Gläubigers. Es sagt geradezu: der Fall unterscheidet sich von dem Fall der Uebernahme einer alternativen Obligation seitens des Verkäufers dadurch, dass die Spezifikation in einem viel weiteren Umfange den Vertragsinhalt feststellt. Im Gegensatz zu Hirsch nimmt daher Oertmann²⁾ an, dass das Reichsgericht auch hier die Ansicht, die sich in den früheren Urteilen findet: der Spezifikationskauf sei eine Genusobligation, nicht verworfen habe.

Freilich muss man meines Erachtens der Gegenansicht so viel zu geben, dass vor erfolgter Spezifikation auch die Grundsätze über die gewöhnlichen Genuskäufe nicht ausreichen und dass daher mit der Feststellung eines Genuskaufes die Behandlung des Geschäftes noch nicht nach allen Richtungen hin feststeht. Der I. Senat des Reichsgerichts führt hierüber treffend aus³⁾: »Der Spezifikationskauf dient einem ganz anderen Zwecke als sonst die generische, die alternative oder die bedingte Obligation. Deshalb wird man nicht durch blosse logische Subsumtion unter diese Kategorien den darüber bestehenden Streit der Meinungen schlichten, welche Rechte dem Verkäufer zu-

1) S. 162.

2) S. 215.

3) R.G. Bd. 37, Nr. 8, S. 26.

stehen, wenn der Käufer sich in der Spezifikation säumig erweist. Man muss die geschäftlichen Intentionen und die geschäftlichen Interessen beider Teile zu Rate ziehen, um zu finden, was in diesem Falle der Natur der Sache entspricht«.

Wenn man von diesem Standpunkte ausgeht, so tritt die Frage zurück, ob der Inhalt des Vertrages alternativ oder generisch bestimmt ist; es ist nur daran festzuhalten, dass in jedem Falle ein einheitlicher Vertrag vorliegt, über dessen Inhalt innerhalb gewisser Grenzen eine Ungewissheit besteht, deren Beseitigung einem aufklärenden Ereignis, der Willensentscheidung des Käufers, überlassen ist.

Nur soviel ist auch von der besonderen gesetzlichen Regelung des Geschäftes im Handelsgesetzbuch zu sagen. Von mehreren neben einander stehenden bedingten Obligationen kann nicht die Rede sein, denn das Handelsgesetzbuch bezeichnet als Kaufgegenstand »eine bewegliche Sache, bei der dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Mass oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten ist«; für ein »si volam« des Käufers ist hier ebensowenig Raum, da das Handelsgesetzbuch ausdrücklich sagt »der Käufer ist verpflichtet, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen«. Müssig ist jetzt der Streit, ob ein alternativ bestimmter Gegenstand in dem Gegenstand des Spezifikationskaufes zu erblicken ist, da die Folgen der Nichterteilung der Spezifikation im Einzelnen gesetzlich geregelt sind und der Gesetzgeber damit erklärt hat, dass jedenfalls die Grundsätze über Alternativobligationen mit Wahlrecht des Gläubigers (vgl. insbesondere § 264 Abs. 2 B.G.B.) für den Spezifikationskauf nicht ausreichen.

IV. Rechtsfolgen bei Säumnis des Käufers mit der Spezifikation.

1. Annahmeverzug, Leistungsverzug.

Das Reichsoberhandelsgericht¹⁾ stellt, nachdem es ausgeführt hat, dass der Gegenstand des Spezifikationskaufes nicht eine Alternativobligation sei, die Frage dahin, in welcher Weise im Falle der verzögerten Spezifikation Annahmeverzug hervorgerufen werde, und gelangt zu dem Resultate, dass der Käufer in Annahmeverzug gerate, wenn der Verkäufer nach Ablauf der vereinbarten Spezifikationsfrist sich bereit erklärt zu erfüllen, sobald der Käufer die Spezifikation vorgenommen haben würde, und wenn die Umstände so liegen, dass der Verkäufer im Stande ist, die offerierte Leistung alsbald, d. h. nach der zur Herrichtung gemäss der Spezifikation erforderlichen Frist, vorzunehmen. Die Bereiterklärung des Verkäufers ist in der Aufforderung zur Spezifikation zu finden, denn einer bestimmten Form für die Erklärung, alsbald erfüllen zu wollen, bedarf es nicht.

Römer²⁾ hat die Möglichkeit eines Annahmeverzuges vor erfolgter Spezifikation bestritten, da zur Begründung desselben Anbieten der Leistung so, wie sie zu bewirken ist, erforderlich sei. Eine solche Realoblation ist hier vor Erteilung der Spezifikation allerdings nicht möglich.

Gegen diese dem Verkäufer ungünstige und enge Auffassung der Voraussetzungen des Annahmeverzuges hat

1) R.O.H.G. 15, Nr. 45, S. 147.

2) S. 140.

sich aber Theorie und Praxis¹⁾ in gleicher Weise gewandt. Die herrschende Meinung fasst Windscheid²⁾ kurz dahin: »Wenn der Schuldner ohne die Mitwirkung des Gläubigers die ihm obliegende Leistung nicht beginnen oder nicht fortsetzen kann, so genügt es, dass der Schuldner sich in diejenige Lage versetzt habe, in welche er sich ohne Mitwirkung des Gläubigers versetzen konnte«.

Römer will eine solche Ausnahme von dem Erfordernis der Realoblation nur für einen ganz bestimmten Fall gelten lassen, nämlich in Anlehnung an zwei Quellenstellen³⁾ dann, wenn der Betrag der Schuld von Umständen abhängt, welche nur dem Gläubiger, nicht aber dem Schuldner bekannt sind, und wenn hier der Gläubiger deren Mitteilung verweigert. Römer setzt hier hinzu, als müsse er sich der unverkennbaren Aehnlichkeit dieses Falles mit dem unsrigen erwehren: »ein Fall, der von dem vorliegenden wesentlich verschieden ist«. Ich meine, von beiden Fällen gilt der Satz, mit dem das Reichsoberhandelsgericht im Urteil vom 7./25. November 1874⁴⁾ zum ersten Male die Möglichkeit des Annahmeverzuges vor erfolgter Spezifikation rechtfertigte: »Die Besonderheit des vorliegenden Vertragsverhältnisses schliesst, sobald der Käufer nicht selbst der Verpflichtung zu spezifizieren nachkommt, die Möglichkeit der sog. Realoblation aus. Es kann aber um so weniger anerkannt werden, dass dadurch die Möglichkeit, den Käufer in Annahmeverzug zu versetzen, ausgeschlossen sei, als das Rechtsverhältnis nicht

1) Vgl. hierzu insbesondere den mehrfach fälschlich als Spezifikationskauf bezeichneten Fall R.O.H.G. Bd. 4, Nr. 28, S. 143—149. II. S. v. 22. November 1871.

2) Pandekten § 345; ebenso Hirsch, S. 207 f.; Kohler, S. 400.

3) l. 4 C. de usur. pup. 5, 56; l. 5 C. de distr. pign. 8, 28.

4) R.O.H.G. Bd. 15, S. 148.

etwa einer beliebigen Laune seinen besonderen Inhalt verdankt, sondern den Bedürfnissen des Verkehres gemäss und der daraus hervorgegangenen Uebung entsprechend eingegangen ist«. Die Quellen stehen dieser freieren Auffassung jedenfalls nicht entgegen; nach Kohler¹⁾ »folgt es aus den quellenmässigen Prinzipien, so wahr als überhaupt etwas aus den quellenmässigen Prinzipien folgt«.

Für die Praxis des Reichsgerichts sind hier von grundlegender Bedeutung geworden die Ausführungen des ersten Senates im Urteil vom 12. Dezember 1883²⁾: Wenn man den Satz ausspricht: »Der Verkäufer hat die Ware dem Käufer zu übergeben«, so setzt man stillschweigend voraus, dass auch der Käufer seinerseits diejenige Thätigkeit vornimmt, welche von ihm auszugehen hat, um die Uebergabe zu realisieren. Zieht man aber diese Thätigkeit mit in den Kreis der Betrachtung, so ist die Verpflichtung des Verkäufers dahin zu formulieren, dass er seinerseits alles thun muss, um die Uebergabe der Ware zu bewirken. Er muss die vertragsmässig beschaffene Ware bereit halten und die Absicht, dieselbe zu übergeben, erklären. Ist nun der Käufer seinerseits nicht entsprechend thätig, so tritt der Zustand, welchen man als Annahmeverzug bezeichnet, mit seinen rechtlichen Wirkungen ein. So in einfachen Verhältnissen. Die Sache kann aber auch so liegen, dass der Verkäufer deswegen nicht im stande ist, alle seinerseits zur Uebergabe der vertragsmässig beschaffenen Ware erforderlichen oder die Uebergabe bezw. deren Voraussetzungen ermöglichenden Handlungen vorzunehmen, weil dieselben .. durch ein Vorgehen seitens des Käufers bedingt sind.

1) In Jherings Jahrb. Bd. 17, S. 401, gegen Römer insbesondere S. 401, 408.

2) R.G. Bd. 10, Nr. 26, S. 98/99.

Unterlässt in einem solchen Falle der Käufer die betreffende Thätigkeit, während der Verkäufer alles vorgenommen hat, was er ohne Mitwirkung des Käufers zu thun imstande ist, so liegt dieses Verhältnis demjenigen völlig gleich, wenn der Käufer nur die letzte zur Uebergabe erforderliche Handlung, die Entgegennahme der Ware, unterlässt. Der Käufer kommt in Annahmeverzug«. »Auch hier trifft die Voraussetzung zu, von der die Quellen den Annahmeverzug abhängig machen: si per creditorem steterit quominus solvatur«¹⁾.

Für den komplizierten Spezifikationskauf konnte dagegen nach der Auffassung des Reichsoberhandelsgerichts²⁾ von einem Annahmeverzuge nicht die Rede sein, denn vor der Erteilung der Spezifikation sollte ja noch gar kein definitiver Kauf vorliegen. Nach der richtigen Auffassung liegt aber auch hier von vornherein ein fester Kauf vor, danach ist hier in gleicher Weise die Möglichkeit des Annahmeverzuges gegeben³⁾.

Diese Ansicht von der gehörigen Erfüllungsbereitschaft, die Römer⁴⁾ als einen verhängnisvollen (wofür?) Irrtum bezeichnet, ist seither von Niemanden ernstlich bestritten. Auch unser Bürgerliches Gesetzbuch stellt zwar im § 294 das Erfordernis der Realoblation im Sinne Römers als Regel auf: »Die Leistung muss dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, thatsächlich angeboten werden«. Doch heisst es sodann im § 295:

»Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn

1) R.G. Bd. 14, Nr. 59, S. 245 mit Quellenbelegen. III. Senat v. 24. November 1885.

2) R.O.H.G. Bd. 18, Nr. 10.

3) So R.G. Bd. 30, Nr. 29, S. 101. III. S. v. 27. Mai 1892, schwankend noch R.G. Bd. 29, Nr. 6, S. 18. I. S. v. 9. März 1892.

4) S. 141.

der Gläubiger ihm erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist . . . Dem Angebote der Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen«.

Der Annahmeverzug zieht aber regelmässig auch Zahlungsverzug des Käufers nach sich. Falls nicht Vorauszahlung des Kaufpreises verabredet ist, kann der Verkäufer allerdings Zahlung desselben nur gegen Lieferung der Ware verlangen oder er muss sogar vorleisten, wenn der Käufer vereinbarungsgemäss erst eine Zeit lang nach der Lieferung zu zahlen braucht. Verlangt der Verkäufer vorher Zahlung, so steht ihm die *exceptio non adimpleti contractus* entgegen. Diese *exceptio* steht dem Käufer jedoch dann nicht zu, wenn der Verkäufer auf seiner Seite alles gethan hat, was er ohne die Mitwirkung des Käufers thun konnte, und nur deshalb nicht zur vertragsmässigen Zeit erfüllen kann, weil der Käufer sich in Annahmeverzug befindet; hier kann der Verkäufer die Rechte aus dem Vertrage ebenso geltend machen, wie wenn er erfüllt hätte ¹⁾. »Die Art von Bedingtheit des Kaufgeldanspruches, welche sich aus der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ergibt« (R.G. 30, S. 101), ist daher mit dem Annahmeverzuge gehoben, und deshalb gerät der Käufer, falls er sich trotz der Aufforderung des Verkäufers schuldhaft weigert, die Spezifikation rechtzeitig zu erteilen, ausser in

1) R.G. Bd. 14, S. 246, III. S. v. 24. November 1885; Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht Bd. 3, S. 302 f.; Windscheid, § 346, Note 4; Kohler, S. 387 fg.; O.L.G. für Bayern v. 4. April 1887 bei Seuff. 42, Nr. 289; André, Einrede des nicht erfüllten Vertrages S. 138 ff., 1890.

Annahmeverzug auch in Zahlungsverzug und zwar gleichzeitig mit dem Eintritt des Annahmeverzuges, wenn Zahlung gegen Lieferung zu erfolgen hatte, mit dem Ablauf der Zahlungsfrist seit dem Eintritt des Annahmeverzuges, wenn ein Zahlungsziel vereinbart war.

In dem seltenen Falle, dass Zahlung vor Lieferung vereinbart ist, kann naturgemäss Zahlungsverzug ohne Annahmeverzug gegeben sein; unrichtig und im Widerspruch mit der Ansicht des III. Senates ¹⁾ führt jedoch der I. Senat des Reichsgerichts im Urteil vom 9. März 1892 ²⁾ aus: »Hätte man auch davon auszugehen, dass (beim komplizierten Spezifikationskaufe) vor der Spezifikation kein Verzug in der Empfangnahme vorliege, so beginnt doch der Verzug mit der Zahlung mit dem Verzug in der Vornahme der Spezifikation, denn es kann dem Käufer nicht zustehen, durch willkürliche Hinausschiebung der Spezifikation auch die Zahlung ungerechtfertigt zu verzögern«. Dagegen führt der III. Senat am 27. Mai 1892 aus, offenbar ohne die wenige Wochen vorher ergangene Entscheidung des I. Senates zu kennen: Wenn es richtig wäre, dass in dem komplizierten Spezifikationskauf eine Mehrheit von Kaufverträgen stecke und erst durch die Spezifikation des Käufers sich entscheide, welcher Kaufvertrag zur Geltung gelange; wenn es richtig wäre, dass vorher ein Annahmeverzug des Käufers absolut undenkbar sei, so könne vor Erteilung der Spezifikation niemals aus dem Lieferungsvertrage auf Erfüllung geklagt werden; »denn ohne Annahmeverzug kann es nicht zu einem Zahlungsverzuge des Käufers in Ansehung des Preises unter Wegfall der Einrede des nicht erfüllten Vertrages kommen«. Nach der richtigen Konstruktion ist aber die Möglichkeit des Annahme- und Zah-

1) R.G. 30, S. 101.

2) R.G. 29, S. 18.

lungsverzuges in gleicher Weise beim einfachen wie beim komplizierten Spezifikationskaufe gegeben.

Das neue Handelsgesetzbuch geht noch einen Schritt weiter. Es setzt fest, dass ohne Rücksicht darauf, ob ein Erfüllungsverzug des Käufers in Ansehung des Preises vorliege, in dem Verzuge mit der Spezifikation ein besonderer Erfüllungsverzug liege, nämlich ein Verzug in der zu voller Selbstständigkeit erhobenen Vertragspflicht des Käufers, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen.

Im geltenden Rechte steht beim Annahmeverzuge des Käufers dem Verkäufer nach Artikel 343 des Handelsgesetzbuches frei, entweder die Ware auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten niederzulegen, oder aber dieselbe unter Beobachtung gewisser Formen im Wege des sog. Selbsthülfeverkaufes für Rechnung des Säumigen zu veräußern. Er kann aber auch die Ware selbst weiter aufbewahren.

Der letzte Weg macht natürlich auch beim Spezifikationskaufe keine Schwierigkeiten, aber er führt regelmässig nicht zu dem gewünschten Ziele; anders die beiden anderen.

Solange der Verkäufer nicht das Recht hat, die Spezifikation an Stelle des säumigen Käufers vorzunehmen, kann er vor Erteilung derselben durch den Käufer die Niederlegung in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten nicht bewirken. Es bleibt endlich die Frage nach der Zulässigkeit des Selbsthülfeverkaufes; diese hat die Rechtsprechung am meisten beschäftigt. Da sie beim Zahlungsverzuge wiederkehrt, so sollen vor ihrer Beantwortung kurz die Rechte des Verkäufers beim Zahlungsverzuge des Käufers ins Auge gefasst werden.

Das Handelsgesetzbuch gewährt in Art. 354 beim Zah-

lungsverzuge des Käufers dem Verkäufer drei Rechte, das bekannte Dreiwahlrecht des Artikels 354, nämlich

1. Erfüllung des Vertrages und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu fordern,

2. statt der Erfüllung die Ware gemäss Artikel 343 zu verkaufen und auf Grundlage dieses Selbsthülfeverkaufes Schadensersatz zu fordern,

3. vom Vertrage abzugehen, als wäre derselbe nicht geschlossen,

dies alles unter Beobachtung der Formvorschriften des Artikels 356.

Wie nach dem Wortlaut des Artikels 354 H.G.B. und nach seiner Entstehung nicht zu bezweifeln und in der Theorie so wenig wie in der Praxis bestritten ist¹⁾, sind die Rechte des Verkäufers in diesem Artikel erschöpfend aufgezählt, insbesondere steht dem Verkäufer nicht das Recht zu, — wie von einem grossen Teile der Handelswelt trotz der verhältnismässig langen Geltung des Handelsgesetzbuchs und einer konstanten Praxis immer noch angenommen wird —, Schadensersatz ohne Vornahme des Selbsthülfeverkaufes der Ware nach Artikel 343 zu fordern.

Von diesen drei Rechten steht der Verwirklichung auch beim Spezifikationskaufe ohne Weiteres das dritte offen, aber dies ist in der Regel das wenigst vorteilhafte; denn durch den Rücktritt vom Vertrage fällt jeder Anspruch auf Schadensersatz fort. Die Weigerung der Spezifikationserteilung wird aber meist ihren Grund darin haben, dass die Preise gesunken sind; das Interesse des Käufers wird hier also gerade dahin gehen, vom Kaufe loszukommen; umgekehrt wird es danach im Interesse des Verkäufers liegen, den hohen, guten Preis aus der Ware

1) Vgl. statt aller Staub, §. 18 zu Art. 354.

zu ziehen, den der Käufer versprochen hat. Daher wird sich der Verkäufer der Regel nach für eines der beiden anderen Rechte entscheiden.

2. Selbsthülfeverkauf.

Meistens haben die Verkäufer den Weg gewählt, dass sie statt der Erfüllung ihr Interesse an der vertragsmässigen Erfüllung¹⁾ fordern. Hierzu ist, wie bereits betont, die Vornahme des Selbsthülfeverkaufes notwendige Grundlage. Da aber die Ware hier noch nicht nach allen Richtungen hin bestimmt ist, so hat man häufig die Zulässigkeit des Selbsthülfeverkaufes bestritten; denn hier läge noch keine Ware, sondern nur ein Warenlieferungsrecht²⁾ vor.

Die Verkäufer haben zunächst in der That nicht gewusst, wie der Selbsthülfeverkauf zu bewerkstelligen sei. In dem Spezifikationskaufe, der dem Reichsoberhandelsgerichtsurteile vom 17. Juni 1875³⁾ zu Grunde lag, hatte der Verkäufer Walzeisen der niedrigsten der in der Preisskala verzeichneten Sorten öffentlich versteigert. Das Reichsoberhandelsgericht wies die Klage des Verkäufers auf Schadensersatz ab, weil hier ein anderes Objekt öffentlich versteigert sei, als dasjenige, welches der beklagte Käufer zu fordern hatte⁴⁾.

1) Tabelle unter III.

2) Römer S. 142, Hirsch S. 163, Windscheid § 346¹⁰⁾, A.G. Celle bei Seuffert, Bd. 32, Nr. 96 v. 27. November 1874; für die Zulässigkeit Oertmann S. 229 fg., Staub §. 19 zu Art. 337, Hahn, Recension des Römerschen Aufsatzes in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 23, S. 632.

3) R.O.H.G. Bd. 18, Nr. 11.

4) Uebrigens erklärt das Reichsoberhandelsgericht hier nicht etwa, wie Oertmann S. 230 annimmt, den Selbsthülfeverkauf vor

Infolge dessen ist auch hier wieder versucht, Schadensersatz zu liquidieren ohne Vornahme des Selbsthülfeverkaufes in sogenannter abstrakter Weise. Allein auch dieser Weg ist von der Praxis¹⁾ angesichts der unzweideutigen Bestimmungen des Artikels 354 für unzugänglich erklärt. Es ist nun einmal die Schadensersatzforderung nur auf Grundlage des Selbsthülfeverkaufes vom Gesetzgeber zugelassen. Wird wegen Besonderheit des Einzelfalles dieser Weg ungangbar, so bleiben mangels einer besonderen gesetzlichen Vorschrift eben nur zwei Wege offen, nicht aber eröffnet sich dafür ein anderer Weg, nämlich dass der Verkäufer Schadensersatz ohne Vornahme des Selbsthülfeverkaufes in sog. abstrakter Weise fordern dürfte. Diesen Weg wollte der Gesetzgeber — ob mit Grund, kommt hier nicht in Frage — nicht freigeben. So hat in der That das A.G. Celle am 27. November 1874²⁾ entschieden. In der ersten Instanz war dort der Käufer, der nicht auf Grundlage eines Selbsthülfeverkaufes Schadensersatz aus einem gewöhnlichen Spezifikationskaufe forderte, abgewiesen, weil er »die Ware bzw. das Warenlieferungsrecht« nach Artikel 343 H.G.B. hätte verkaufen müssen. In der Berufungsinstanz wurde dies Urteil aufrecht erhalten, jedoch wird hier ausgeführt, dass ein Selbsthülfeverkauf nach Art. 343 auch nicht möglich sei, weil es wegen der unterbliebenen Spezifikation noch an der Ware fehle. Auch habe die fehlende Spezifikation weder nach gemeinem Rechte noch nach Handelsrecht zuvor vom

erteilter Spezifikation überhaupt, sondern nur den Selbsthülfeverkauf der niedrigsten Sorte für unzulässig.

1) Seuff. Bd. 32, Nr. 96, A.G. Celle v. 27. XI. 74; R.G. bei Bolze Bd. 5, Nr. 674, I. S. v. 10. XII. 87; Bd. 19, Nr. 571, III. S. v. 18. XII. 94.

2) Seuff. Bd. 32, Nr. 96.

Verkäufer selbst vorgenommen werden können. Jenes Urteil lässt es schliesslich dahingestellt, ob für den Verkäufer die Möglichkeit gegeben sei, den Käufer zur Vornahme der Spezifikation und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung im Rechtswege zu nötigen —, ein Resultat, das freilich, wenn es richtig wäre, dieser Geschäftsart die Existenzfähigkeit genommen hätte.

Die Praxis des Reichsoberhandelsgerichts hat dagegen den Selbsthülfeverkauf in der Weise für zulässig erklärt, dass die Ware nach dem Grundpreise versteigert, dem Ersteher aber vorbehalten wird, nach Massgabe der Ueberpreisskala zu spezifizieren. In dem ersten Urteile, das die Zulässigkeit des Selbsthülfeverkaufes bejahte¹⁾, führt das Reichsoberhandelsgericht unter Berufung auf das erste Erkenntnis²⁾, »bei dessen Findung drei kaufmännische Richter beteiligt waren«, also unter Bezugnahme auf die im Handelsverkehr geläufige Auffassung, aus³⁾: »Allerdings mag bei Aufnahme dieses Artikels (343) zunächst davon ausgegangen sein, dass der Verkaufsgegenstand eine Spezies bzw. dass, wenn auch über eine Quantität kontrahiert worden war, der Kaufgegenstand in Folge einer Realoblation an den Käufer zur Spezies geworden sei. Allein da unter »Ware« auch nach dem vorhandenen Sprachgebrauch des Handelsgesetzbuchs nicht bloss eine konkret vorhandene Sache, sondern überhaupt das Kaufobjekt, auch wenn es nicht spezialisiert ist⁴⁾, verstanden wird, so wird durch die Fassung des Artikels der Verkauf einer nur in genere be-

1) R.O.H.G. Bd. 15, Nr. 45, II. S. vom 7./25. November 1874.

2) S. 148.

3) S. 149.

4) Vgl. demgegenüber R.G. I. Senat vom 8. November 1893 bei Seuff. Bd. 49, Nr. 179, S. 319, Absatz 1 und S. 321 oben.

stimmten Ware dann nicht ausgeschlossen, wenn trotzdem die Voraussetzung des Artikels, Annahmeverzug, herbeigeführt werden konnte«.

Es mag zweifelhaft erscheinen, ob diese Begründung dem Spezifikationsvorbehalt gebührend Rechnung trägt; gewiss liegt hier richtiger Ansicht nach eine nur in genere bestimmte Ware vor, doch ist festgesetzt, dass der Käufer nicht jede Ware, die diesem Genus angehört, annehmen muss, sondern nur solche, die innerhalb des Genus seiner näheren Bestimmung entspricht.

Das Urteil des Reichsoberhandelsgerichts vom 12. April 1877¹⁾ sieht in der Herrichtung der Ware nach Massgabe der Spezifikation des Käufers nur eine Manipulation zum Zwecke der Uebergabe. Eine solche Manipulation stehe der Vornahme des Selbsthülfeverkaufs hier so wenig entgegen wie bei dem Selbsthülfeverkaufe von Kohlen, die noch im Bergwerke anständen und zum Zwecke der Uebergabe erst abgehauen und zu Tage gefördert werden müssten. In diesen Ausführungen tritt aber ganz zurück, dass die »Manipulation« in unserem Falle eine Mitwirkung des Käufers erfordert. Durch die Spezifikation wird aber, wie es im Urteile heisst, nicht erst die Art der zu liefernden Ware bestimmt, vielmehr ist sie eine Mitwirkung bei der Ablieferung; darum hat derjenige, welcher abnimmt, sie vorzunehmen, beim Selbsthülfeverkaufe also derjenige, welcher statt des ursprünglichen Käufers abnimmt.

Freilich hatte derselbe Senat im Urteile vom 10. Dezember 1874²⁾ ausgeführt, dass die Manipulation vor der Uebergabe und die Mitwirkung bei der Ablieferung Gegenstand eines besonderen Nebenvertrages seien. Diese Tren-

1) R.O.H.G. Bd. 22, Nr. 3, S. 7.

2) R.O.H.G. Bd. 16, Nr. 59.

nung in Haupt- und Nebenvertrag scheint selbst das Reichsoberhandelsgericht hier nicht mehr aufrecht zu erhalten.

Dass die Gründe des Reichsoberhandelsgerichts für die Zulässigkeit des Selbsthülfeverkaufes nicht einwandfrei sind, mag man zugeben; die Entscheidung verdient doch Beifall. Solange unsere Handelsgesetzgebung für den Verkäufer die Schadensersatzforderung nur auf Grund eines Selbsthülfeverkaufes zulässt, ist es dringendes Bedürfnis, ihm diesen meist gewählten Weg nicht ohne triftigen Grund zu verschliessen. Es ist gekünstelt, den Gegenstand des Spezifikationskaufes ein Warenlieferungsrecht zu nennen. Das Reichsgericht weist die Ansicht von der Unzulässigkeit des Selbsthülfeverkaufes mit der Begründung zurück¹⁾: »Vermochte der bestimmte Stoff in einer (in gewissen Schranken) vom Belieben des Käufers abhängigen Form den Gegenstand des ersten Kaufes zu bilden, so ist nicht abzusehen, warum diese Möglichkeit beim Selbsthülfeverkaufe nicht sollte eintreten können.« Dazu kommt, dass die Stellung des säumigen Käufers hier keineswegs schlechter ist als bei jedem anderen Selbsthülfeverkaufe, vielmehr hat er hier eine bessere Stellung, als wenn von vornherein die nähere Bestimmung über die Herrichtung der Ware schon getroffen wäre. Denn zunächst ist offensichtlich die Verwertungsmöglichkeit eine grössere, wenn Ware ausboten wird, die je nach dem Bedürfnis des Ersteigerers herzurichten ist, als wenn Ware von bestimmten, dem besonderen Bedürfnis des säumigen Käufers entsprechenden Formen, Dimensionen zur öffentlichen Versteigerung gestellt wird. Der Kreis der Konkurrenten in der öffentlichen Versteigerung ist demgemäss ein grösserer, wenn einem Jeden von ihnen die Spezifikation nach seinen besonderen Inter-

1) R.G. Bd. 10, Nr. 26, S. 100, I. S. vom 12. XII. 1883.

essen vorbehalten ist, und die Folge der besseren Verwertungsmöglichkeit ist eine erhöhte Nachfrage, die Folge erhöhter Nachfrage Erzielung eines besseren Meistgebotes. Je höher aber der Erlös aus der Versteigerung ist, desto weniger braucht der säumige Käufer dem Verkäufer, der seinen Schaden auf Grund dieses Selbsthilfeverkaufes berechnet, an Schadensersatz zu leisten.

Bei der öffentlichen Versteigerung wird in den weit- aus meisten Fällen ein geringerer Preis erzielt, als der säumige Käufer zu zahlen hatte, zunächst deshalb, weil die Erfüllungsweigerung des Käufers sehr häufig in einem Preissturze ihren Grund hat, ferner aber, weil bei dem Verkauf »um jeden Preis« naturgemäss die Stellung des Verkäufers eine bedeutend ungünstigere ist als bei dem »freihändigen« Verkauf. Aus diesem zweiten Grunde würden auch für die Herstellungskosten der Formen etc. in der öffentlichen Versteigerung nicht die Preise zu erzielen sein, die die Ueberpreisskala angiebt. Der säumige Käufer würde demnach, wenn schon die Bestimmung über die Details der Herrichtung getroffen wäre, auch den Ausfall für die Herrichtungskosten, der sich in der öffentlichen Versteigerung gegenüber dem ersten Verkauf ergibt, zu decken haben. Solange die Spezifikation noch nicht erteilt ist, fällt dies Risiko für den säumigen Käufer weg; er hat nur den Ausfall, der sich am Grundpreise ergibt, zu decken, während der Ersteigerer die etwa vorhandenen Ueberpreise nach der Ueberpreisskala voll zu zahlen hat. Das entspricht dem Charakter des Spezifikationskaufes und erleichtert die praktische Handhabung der Versteigerung in hohem Grade; es verdient bei weitem den Vorzug vor einer Versteigerung der Ware in der Art, dass der Ersteher unter Ausserkraftsetzung der Ueberpreisskala für die Meistgebotssumme

nach seinem Belieben die Ware in teuren oder in billigen Formen verlangen kann.

Der Zulässigkeit des Selbsthülfeverkaufes stehen danach keinerlei praktische Bedenken entgegen. Demgegenüber kann auch Windscheids¹⁾ Einwand nicht für zutreffend erachtet werden: der Verkäufer erwerbe durch den Annahmeverzug des Käufers das Wahlrecht selbst nicht, also könne er dasselbe auch nicht einem Anderen verschaffen. Oertmann²⁾ hebt demgegenüber mit Recht hervor, dass es sich gar nicht um den Uebergang eines Wahlrechts vom säumigen Käufer auf den Verkäufer und sodann um die Uebertragung von diesem auf den Ersteigerer handle, sondern um eine direkte Uebertragung der Rechte ex empto vom säumigen Käufer auf den Ersteigerer. Ein Wahlrecht, durch das der Gegenstand des Kaufes selbst erst bestimmt würde, ist hier richtiger Ansicht nach überhaupt nicht vorhanden. Der Gegenstand des ursprünglichen Verkaufs wie auch des Selbsthülfeverkaufes ist vielmehr ein der Gattung nach bestimmter Stoff in einer Herrichtung, deren Bestimmung dem jedesmaligen Käufer für seine Person und in seinem Interesse — auf seine Kosten — zusteht (R.G. v. 12. Dezember 1883)³⁾.

Das Reichsgericht hat die Zulässigkeit des Selbsthülfeverkaufes von Anfang an stets bejaht, so dass es sich heute zur Begründung nur auf die feststehende Praxis beruft.

Dass die Vertreter der Auffassung, der Spezifikationskauf begründe eine Alternativobligation, die Zulässigkeit des Selbsthülfeverkaufes bestreiten, kann nicht Wunder nehmen; nach ihrer Auffassung sind ja mehrere alternative

1) Pandekten § 346¹⁰.

2) S. 232.

3) R.G. Bd. 10, S. 95 ff.

Kaufgegenstände gegeben. Römer¹⁾ bekämpft die Zulässigkeit des Selbsthülfeverkaufes natürlich schon deshalb, weil nach seiner Ansicht gar nicht einmal dessen Voraussetzung, Annahmeverzug, herbeigeführt werden kann. Kohler²⁾ erachtet dagegen, trotzdem er den Spezifikationskauf für eine Alternativobligation hält, den Selbsthülfeverkauf in dem Falle für statthaft, wenn die Wahl nur eine unbedeutende Modifikation in der Form betrifft; denn das Stabeisen könne trotz der verschiedenen Modifikation der Form und Dimensionen als eine einheitliche Ware betrachtet werden; dann erscheint freilich seine Annahme einer Alternativobligation nicht gerechtfertigt. Befremdlich ist nur, dass er nicht auch für den komplizierten Spezifikationskauf dasselbe gelten lässt; denn Art. 343 H.G.B. setzt nach seiner Ansicht nur voraus, »dass das Objekt des Gläubigerrechts sich zur öffentlichen Versteigerung, zum Verkauf gegen die Konkurrenzanerbieten Mehrerer eignet«. Das ist aber meines Erachtens der Fall, nämlich so, dass bei Vorhandensein mehrerer Grundpreise die Ware nach dem niedrigsten Grundpreis versteigert wird. Will der Ersteigerer auch Ware des höheren Grundpreises geliefert haben, so muss er die volle Differenz, um die die bessere Qualität teurer ist als die geringste, bezahlen, ausserdem muss er für die Herrichtung der Ware in den von ihm beliebten Formen und Dimensionen die vollen Ueberpreise nach der Skala zahlen.

Das Reichsgericht hat im Urteil vom 27. Mai 1892³⁾ die Frage nach der Zulässigkeit des Selbsthülfeverkaufes beim komplizierten Spezifikationskaufe dahingestellt gelassen.

1) S. 142.

2) S. 359.

3) R.G. Bd. 30, S. 99/100. III. Senat.

Nach der Konstruktion des Reichsoberhandelsgerichts konnte natürlich von einem Selbsthülfeverkauf vor erteilter Spezifikation in diesem Falle nicht die Rede sein, da noch kein definitiver Kauf abgeschlossen war. Diese Konstruktion hat das Reichsgericht, wie oben ausgeführt ist, mit Recht verworfen und es spricht aus: »Jedenfalls steht die Unzulässigkeit des Selbsthülfeverkaufes, bei welchem nicht effektive Ware, sondern das Bezugsrecht des Käufers, wie es ist, verkauft wird, nicht fest«. Da das Reichsgericht einen Unterschied in der Konstruktion der beiden Fälle nicht anerkennt, so wird man sich in seinem Sinne für die Zulässigkeit des Selbsthülfeverkaufes auch in den komplizierten Fällen entscheiden¹⁾. Freilich kann man mit dem Reichsgericht (III. Senat) verschiedener Meinung sein, ob hier nicht »effektive Ware«, sondern das »Bezugsrecht des Käufers, wie es ist« Gegenstand des Selbsthülfeverkaufes ist. In dem schon früher genannten Urteil des I. Senates vom 20. Februar 1895²⁾ heisst es demgegenüber: »ein Verkauf des Anspruches auf Herstellung der Ware würde nicht als Selbsthülfeverkauf im Sinne des Handelsgesetzbuchs gelten können«.

Ob sich inzwischen der I. Senat durch Urteil vom 22. Januar 1895³⁾ für die Zulässigkeit des Selbsthülfeverkaufes beim komplizierten Spezifikationskauf erklärt hat, hängt von der Vorfrage ab, ob dort ein komplizierter Fall vorliegt, das heisst also: ob sich die dort verkauften Warensorten in anderer Weise als nur durch die Form unterscheiden. Dort sind 500 Tonnen Schrauben- und Pressmuttereisen verkauft, Schraubeneisen zum Grundpreise

1) Ebenso Staub, §. 19 zu Art. 337.

2) R.G. Bd. 35, S. 3.

3) Bolze, Bd. 20, Nr. 512.

von 175 Mk., Pressmuttereisen zum Grundpreise von 173 Mk. für 1000 Pfd. Der Selbsthülfeverkauf ist hier für zulässig erachtet, eine Begründung findet sich in dem Auszuge bei Bolze nicht.

Allgemein hat sich das Reichsgericht allerdings für die Zulässigkeit des Selbsthülfeverkaufs in komplizierten Fällen bisher nicht ausgesprochen, vielmehr lässt der III. Senat — derselbe, der auch im Urteil vom 27. Mai 1892¹⁾ die Entscheidung dieser zweifelhaften Frage als praktisch nicht geboten vorbehielt, — im Urteile vom 8. Januar 1897²⁾ die Möglichkeit offen, dass nach der besonderen Sachlage ausnahmsweise ein Selbsthülfeverkauf nicht zulässig sei. Es führt dort im Gegensatz zur I. und II. Instanz aus, die trotz der feststehenden Rechtsprechung immer noch den Selbsthülfeverkauf einer Quantität Strohpappe für unzulässig hielten, bei welchem dem Käufer nur die Bestimmung und Wahl unter den durch die Maschinen des Verkäufers herstellbaren verschiedenen Formaten vorbehalten war,: »Die Zulässigkeit des Selbsthülfeverkaufes bei Spezifikationskäufen steht als Regel fest und es liegt keine besondere Sachlage vor, welche in diesem Falle eine abweichende Beurteilung begründen könnte«. Ohne diese Einschränkung heisst es dagegen im Urteil des I. Senates vom 18. März 1896³⁾: »Dass der Verkäufer bei vorbehaltenen Spezifikation . . . zum Selbsthülfeverkaufe schreiten kann, ist in der reichsgerichtlichen Spruchpraxis, besonders dieses Senates anerkannt. . . . Die Spezifikation ist nicht ein so mit der Person des Käufers zusammenhängendes Recht, dass es auf Fälle nur von ihm allein ausgeübt

1) R.G. Bd. 30, S. 99.

2) Juristische Wochenschrift 1897, S. 114/5, Nr. 32.

3) R.G. Bd. 37, Nr. 8, S. 28.

werden dürfte. Das ergibt sich auch aus der Erwägung, dass die Spezifikation nicht, um aus Laune und Willkür, sondern zur Wahrnehmung geschäftlicher Interessen ausgeübt zu werden, vorbehalten wird«.

Das neue Handelsgesetzbuch entscheidet die Frage nach der Zulässigkeit des Selbsthülfeverkaufes bei nicht rechtzeitiger Spezifikation eben so wenig ausdrücklich wie das alte. Freilich wird im neuen Rechte der Selbsthülfeverkauf mit seinen strengen Formvorschriften nicht mehr die Rolle spielen, die er im geltenden Rechte hat. Wenn nämlich im geltenden Rechte der Verkäufer im Falle des Erfüllungsverzuges des Käufers Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern will, so kann dies nach Art. 354 H.G.B. wie erwähnt, nur unter Zugrundelegung des strengen Selbsthülfeverkaufes nach Art. 343 H.G.B. geschehen. Im neuen Rechte sind die Vorschriften des Art. 354 H.G.B. durch die viel umfassenderen des § 326 B.G.B. ersetzt. Bei einem gegenseitigen Vertrage kann danach der Nichtsäumige dem im Leistungsverzuge befindlichen Kontrahenten zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist bestimmen (also ausdrücklich setzen, nicht mehr ein blosses »Gewähren« wie nach Art. 356 H.G.B.) mit der Erklärung, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem fruchtlosen Ablaufe der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten. Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen, wenn der Nichtsäumige eine Nachfrist gesetzt hat. Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Erfüllung des Vertrages in Folge des Verzuges für den Gläubiger kein Interesse mehr hat. Hiernach ist aber der Verkäufer (Gläubiger) in der Art, wie er die Höhe des ihm durch die Nichterfüllung des Käufers (Schuldners) erwachsenen Schadens

darlegen will, nicht beschränkt, insbesondere ist dazu nicht mehr die Vornahme eines formgerechten Selbsthülfeverkaufes notwendig; der Verkäufer ist nicht mehr an die sog. konkrete Schadensberechnung gebunden, vielmehr kann er, ebenso wie der Käufer schon nach Art. 355 H.G.B. es konnte, seinen Schaden auch »abstrakt« berechnen. Die künftige Praxis steht daher dem Selbsthülfeverkauf wegen Zahlungsverzuges des Käufers viel freier gegenüber, als dies nach geltendem Rechte der Fall sein konnte. Insbesondere wird dann beim komplizierten Spezifikationskaufe (400000 Pfd. Walz- und Hufstabeisen zu 54 und 56 Thaler für 1000 Pfd.¹⁾, Ueberpreise für Formen und Dimensionen nach besonderer Skala) der Verkäufer Schadensersatz auf Grund eines Selbsthülfeverkaufes derart geltend machen können, dass die Gebote bei der Versteigerung auf die billigste der verschiedenen Qualitäten abgegeben werden (Walzeisen); für die Formgebung hat der Ersteher ferner die Ueberpreise nach der für den säumigen Käufer maßgebenden Skala voll zu zahlen; ebenso ausserdem für den Teil des verkauften Quantums (400000 Pfd.), den er in der besseren Qualität (Hufstabeisen) geliefert haben will, die Differenz zwischen dem Preise der besseren und billigsten Qualität ($56 - 54 = 2$ Thaler für je 1000 Pfd.).

Nach § 375 des neuen Handelsgesetzbuchs stehen nun aber die Befugnisse des § 326 B.G.B. dem Verkäufer nicht nur dann zu, wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge ist, sondern auch dann, wenn kein Zahlungsverzug, vielmehr nur Verzug in der zu voller Selbstständigkeit erhobenen Spezifikationspflicht vorliegt; es tritt hier also eine neue Art des Leistungsverzuges

1) R.O.H.G. 18, Nr. 10.

gleichwertig neben den Zahlungsverzug¹⁾. Beide Arten des Leistungsverzuges werden zwar gleichzeitig neben einander eintreten nach Maßgabe der §§ 284, 285 des Bürgerlichen Gesetzbuches, wenn Zahlung gegen Lieferung Zug um Zug zu erfolgen hat, dagegen tritt Spezifikationsverzug vor dem Zahlungsverzuge ein, wenn der Schuldner erst eine Zeit lang nach der Lieferung zu zahlen hätte. Zahlungsverzug würde hier, wenn im übrigen seine Voraussetzungen nach §§ 284, 285 B.G.B. vorliegen, erst eintreten mit dem Ablaufe der Zahlungsfrist seit dem Beginn des Annahmeverzuges, Spezifikationsverzug dagegen gleichzeitig mit dem Annahmeverzuge. Ausserdem kann ein Zahlungsverzug überhaupt nicht eintreten, wenn — was allerdings äusserst selten eintreffen wird — der mit der Spezifikation säumige Käufer im Voraus gezahlt hat; in diesem Falle stehen ungeachtet der bereits erfolgten Zahlung die Rechte aus § 326 B.G.B. dem Verkäufer wegen des selbstständigen Spezifikationsverzuges zu.

Im neuen Rechte werden daher die Fälle, in welchen gemäss §§ 293—295 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bei nicht rechtzeitiger Spezifikation der Käufer nur in Annahmeverzug gerät, ohne gleichzeitig in Leistungsverzug zu geraten, recht selten sein; sie können nur dann eintreten, wenn die nicht rechtzeitig erbrachte Leistung der Spezifikation in Folge eines Umstandes unterbleibt, den der Käufer nicht zu vertreten hat (§ 285 B.G.B.). Nur in diesen wenigen Fällen des blossen Annahmeverzuges ist auch im künftigen Rechte der Selbsthülfeverkauf ebenso an feste Grenzen gebunden wie schon nach Art. 343 H.G.B.

1) Hierzu vgl. den mir erst nach Abschluss dieser Abhandlung zugänglich gewordenen Aufsatz von Fleck, Die Verzugslehre und der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, im Archiv für bürgerliches Recht Band 12, S. 252—262, (1897).

Maßgebend sind hier die Vorschriften des § 374 des neuen Handelsgesetzbuchs, die mit denen des Art. 343 H.G.B. im wesentlichen übereinstimmen. Ein formenstrenger Selbsthülfeverkauf ist ausserdem nach § 376 des neuen H.G.B. nur noch bei Fixgeschäften über Waren mit Börsen- oder Marktpreis erforderlich, wenn nicht die »Differenz«, sondern ein anderweit vorgenommener Verkauf dem Schadensersatzanspruche des Verkäufers zu Grunde gelegt werden soll.

Wie schon erwähnt, setzt das neue Handelsgesetzbuch ¹⁾ die Zulässigkeit dieses strengen Selbsthülfeverkaufes beim Spezifikationskauf nicht ausdrücklich fest. Die Denkschrift zum Entwurf des Handelsgesetzbuchs ²⁾ meint, dies bedürfe angesichts der schon bisher anerkannten Zulässigkeit keiner besonderen Hervorhebung im Gesetze. Angesichts der Zweifel, die namentlich noch bezüglich der komplizierten Fälle bestehen, wäre eine ausdrückliche Regelung doch wohl wünschenswert gewesen ³⁾; indessen hat diese Frage im neuen Recht aus den oben angeführten Gründen ihre hervorragende Bedeutung verloren. Eine Rückkehr des Reichsgerichts von seiner konstanten Praxis ist in dieser Beziehung allerdings künftig auch nicht zu befürchten.

3. Klage auf den Mindestpreis.

Wählt der Verkäufer im Falle des Zahlungsverzuges nicht den Weg der Verkaufsselbsthülfe — und das ist bei dem Streit über die Zulässigkeit dieses Weges nicht selten geschehen —, so kann er doch seinen Gegenanspruch auf

1) S. 60.

2) S. 218.

3) So auch Marcus S. 47/48, (vgl. oben S. 14 Anm.)

Zahlung des Kaufpreises jetzt geltend machen, ohne dass ihm die *exceptio non adimpleti contractus* wirksam entgegengestellt werden könnte (vgl. oben S. 46 ff.)¹⁾. Freilich kann der Verkäufer vor erteilter Spezifikation seinen Anspruch auf den Kaufpreis in vollem Umfange nur in den verhältnismässig seltenen Fällen geltend machen, bei denen der Kaufpreis für die verschiedenen Warensorten ohne Rücksicht auf die Formen, Maße oder ähnliche Verhältnisse derselbe ist, bei denen also neben dem Grundpreise keine Ueberpreise vorhanden sind.

Wo sich je nach der Spezifikation der Preis höher oder niedriger stellt, ist nur so viel gewiss, dass, wie immer die Spezifikation getroffen werde, der Käufer mindestens den Preis bezahlen muss, der sich nach der billigsten Spezifikation ergibt.

Das Reichsgericht²⁾ hat daher mit Recht eine Klage auf den Mindestpreis für rechtlich begründet erachtet. Windscheid³⁾ hält diese Klage nicht für zulässig, weil um den Grundpreis nichts verkauft sei. Richtig ist, dass der Verkäufer, dort wo Ueberpreise neben dem Grundpreise herlaufen, den Grundpreis zuzüglich gewisser von der Spezifikation des Käufers abhängiger Ueberpreise zu fordern hat. Dies kann aber die Forderung auf den Mindestpreis nicht hindern; der Verkäufer macht dann eben nur einen Teil seines Anspruches geltend, was ihm, wie Oertmann⁴⁾ richtig hervorhebt, niemand verwehren kann.

1) Tabelle unter IV.

2) R.G. XIV, S. 245 ff., III. Senat v. 24. XI. 85; R.G. XXX, S. 99, III. Senat v. 27. V. 92; a. M. R.O.H.G. Bd. 16, S. 207 Anm. v. 1. II. 75.

3) § 346¹⁰⁾.

4) S. 229.

Dass dieser Teil höchstens der Grundpreis ¹⁾ der billigsten Sorte sein könne, ist aber nicht richtig, vielmehr ist es der Grundpreis zusätzlich der Ueberpreise, die sich aus der Ueberpreisskala bei Vornahme der billigsten Spezifikation ergeben, also der Mindestpreis ²⁾, den der Käufer zu zahlen hat.

Auch R ö m e r ³⁾ gelangt zu dem Ergebnis, dass der Verkäufer im Falle nicht rechtzeitiger Spezifikation des Käufers Erfüllung des Vertrages durch diesen und zwar Zahlung des Grundpreises verlangen könne. Obgleich ein Annahmeverzug nach seiner Ansicht nicht möglich ist, so soll doch die dem Verkäufer an sich entgegenstehende exceptio non adimpleti contractus, eine exceptio doli, durch die replicatio doli beseitigt werden. Diese replicatio hat den Inhalt, dass lediglich infolge der verschuldeten Nichterteilung der Spezifikation durch den Käufer der Verkäufer ausser Stande sei, zur Zeit seine Gegenleistung zu erbringen ⁴⁾.

Für den komplizierten Spezifikationskauf muss natürlich R ö m e r ⁵⁾ auch die Klage auf den Grund- oder richtiger Mindestpreis versagen, da nach seiner Ansicht ein fester Kaufvertrag und infolgedessen eine Kaufpreisforderung vor erfolgter Spezifikation noch nicht besteht. In diesem Falle erkennt er nur einen Anspruch des Verkäufers auf Ersatz des Interesses daran an, dass der Besteller rechtzeitig einen der Käufe abgeschlossen hätte. Dies Interesse soll in der Zahlung des niedrigsten der mehreren Grund-

1) So R ö m e r S. 145; R.G. 37, S. 27.

2) So auch O e r t m a n n S. 229.

3) S. 145.

4) Vgl. dazu oben S. 46; R.G. 30, S. 101, 104, III. Senat und R.G. 29, S. 18, I. Senat.

5) S. 147/148.

preise bestehen, weil der Verkäufer diesen Preis mindestens erhalten hätte. Da aber nach R ö m e r s Ansicht »der Käufer selbstverständlich seines Anspruchs aus dem Geschäft nicht verlustig geht«, so hat in Wirklichkeit der Käufer nur vorzuleisten. Dies erscheint aber, auch wenn man der Römerschen Ansicht folgt, kaum als voller Ersatz des Interesses an der rechtzeitigen Spezifikation.

Nach der richtigen Konstruktion steht dagegen dem Verkäufer auch hier in gleicher Weise wie in den einfachen Fällen die Klage auf den Mindestpreis zu. Doch damit ist dem Verkäufer nur halb geholfen. Das Reichsgericht erwägt im Urteile vom 18. März 1896 ¹⁾ die Zweckmässigkeit der einzelnen Wege, die dem Verkäufer bei der Säumnis des Käufers mit der Spezifikation offen stehen. Ueber die Klage auf den Mindestpreis führt es aus ²⁾: »Klagt der Verkäufer auf Zahlung des Kaufpreises, wie er als Grundpreis bestimmt ist, so kommt er zu seinem Gelde; aber er bleibt mit der Verpflichtung hängen, die Ware in einer späteren Zeit, wo die Konjunktur gestiegen sein kann, wo die Fabrik mit anderen Aufträgen überhäuft ist, anschaffen oder fabrizieren zu müssen, wenn nun der Käufer im Laufe des Prozesses oder nach seiner Verurteilung spezifiziert«. In einem solchen Falle könnte es dann dem säumigen Käufer gar gelingen, den Verkäufer in Lieferungsverzug zu versetzen, der Käufer könnte hier gleichsam den Spiess umdrehen und von dem zur Zeit mit Aufträgen überhäuftten Verkäufer wegen Lieferungsverzuges Schadensersatz fordern oder doch den Rücktritt erklären. Der Verkäufer müsste dann den eingeklagten Mindestpreis

1) R.G. 37, S. 27 fg.

2) S. 28; vgl. hierzu auch Denkschrift zum Entwurf e. H.G.B. S. 217. Amtliche Ausgabe 1896.

zurückzahlen oder gar noch obendrein Schadensersatz leisten.

In unserer Rechtsprechung findet sich denn auch kein Fall, in dem sich der Verkäufer darauf beschränkte, den Mindestpreis zu fordern. In dem einen Falle¹⁾ klagte vielmehr der Verkäufer auf Vornahme der Spezifikation, Abnahme der Ware und Zahlung des Preises. Das Reichsgericht wies die Klage ab, insoweit sie auf Vornahme der Spezifikation und Abnahme der Ware gerichtet war, sodass nur als Gegenstand der Verurteilung die Zahlung des Kaufpreises (der für alle Sorten derselbe war) übrig blieb. In einem anderen Falle²⁾ hatte beim Verzuge des Käufers in der Spezifikation der Verkäufer die Sortenbestimmung selbst vorgenommen und forderte den danach sich ergebenden Kaufpreis. Der III. Senat des Reichsgerichts verwarf hier den Uebergang des Spezifikationsrechtes auf den Verkäufer und erkannte den Anspruch des Klägers nur in Höhe des Mindestpreises als begründet an.

Ist der Käufer einmal zur Zahlung des Kaufpreises verurteilt, so wird er danach in der Regel nicht mehr mit der Spezifikation zurückhalten; denn da er jetzt die Ware im wesentlichen bezahlen muss, so wird sein Interesse auch dahin gehen, dafür Ware zu erhalten. Es liegt also ein gewisses wirtschaftliches Compelle zur Erteilung der Spezifikation auch in der Verurteilung zur Zahlung des Mindestpreises, freilich ein solches, das zuweilen seine Wirksamkeit versagt. Sobald deshalb dem Verkäufer direkte und darum wirksamere Mittel gegen den säumigen Käufer zu Gebote stehen, wird die Klage auf den Mindestpreis auf praktische Brauchbarkeit keinen Anspruch machen

1) R.G. 14, S. 243.

2) R.G. 30, S. 97.

können. Solche wirksamere Mittel gewährt das neue Recht dem Verkäufer bei der Säumnis des Käufers in der Spezifikation; deshalb wird die auch im neuen Rechte zweifellos zulässige Klage auf den Mindestpreis dort kaum praktisch werden.

Windscheid¹⁾ hält statt dieser Klage eine solche auf den der einen oder der anderen Form entsprechenden Kaufpreis für zulässig. Demgegenüber ist zunächst darauf hinzuweisen, dass dieser Weg von den Verkäufern niemals betreten ist, wohl deshalb weil die praktische Durchführung namentlich bei einer grösseren Anzahl von Formen sehr schwierig ist. Ausserdem ist hierbei nicht berücksichtigt, dass der Käufer nicht etwa nur das Recht hat, das ganze Warenquantum in der einen oder in der anderen Form zu verlangen, sondern dass er in beliebigen Teilquanten Ware der einen und Ware der anderen Form verlangen kann. Es würden sich demnach hier unzählige verschiedene Kaufpreise je nach der Spezifikation ergeben können.

4. Klage auf Erteilung der Spezifikation.

Die Klage auf den Mindestpreis wird den Interessen des Verkäufers nicht in allen Fällen gerecht, da hierbei dem säumigen Käufer die Möglichkeit gegeben ist, sich den Verkäufer für ungewisse Zeit verpflichtet zu halten. Dies bringt häufig eine empfindliche Hemmung der geschäftlichen Thätigkeit des Verkäufers mit sich. Diesem Uebelstande haben die Verkäufer mehrfach in der Weise abzuhelpen versucht, dass sie den Käufer auf Ausübung des ihm vorbehaltenen Spezifikationsrechtes verklagt haben²⁾.

1) § 346¹⁰.

2) Tabelle unter V.

Das Reichsoberhandelsgericht nahm im Urteil vom 10. Dezember 1874 an¹⁾, dass der Käufer sich vermöge eines Nebenvertrages zur Vornahme der Spezifikation verpflichtet habe, und liess daher eine Klage auf Vornahme der Spezifikation zu mit der Wirkung, dass bei fortgesetzter Weigerung des Käufers auch dem verurteilenden Erkenntnis gegenüber gegen ihn behufs Vornahme der ihm obliegenden Handlung rechtlicher Zwang angewendet werden könne, äussersten Falls aber dem Verkäufer das Recht verbleibe, Schadensersatz wegen der nicht vorgenommenen Leistung zu fordern.

Eine solche aus einem Nebenvertrage sich ergebende Verpflichtung kann nicht anerkannt werden, da das Bestehen eines Nebenvertrages neben dem Hauptvertrage von uns verneint wird. Indessen bleibt hier immer noch die Möglichkeit, dass die Verpflichtung zur Vornahme der Spezifikation sich aus dem einheitlichen Kaufvertrage ergibt.

Das Reichsgericht fasst nun aber die Erteilung der Spezifikation nur als eine Mitwirkung bei der Abnahme auf und erklärt eine Klage auf Vornahme der Spezifikation nur dann für zulässig, wenn die Abnahme selbst im Rechtswege erzwungen werden kann. Eine Klage auf Abnahme ist aber nach der konstanten Praxis des Reichsgerichts durch den Art. 346 H.G.B. nicht eingeführt, trotzdem es dort heisst: der Käufer ist verpflichtet die Ware zu empfangen. Daher entscheidet nach der Ansicht des Reichsgerichts über diese Frage das bürgerliche Recht.

Für das Gebiet des gemeinen Rechts verneint aber der III. Senat im Urteil vom 24. November 1885²⁾ die Klage auf Abnahme, wenn nicht ein besonderes Interesse

1) R.O.H.G. Bd. 16, Nr. 59, S. 206; ebenso Römer S. 148.

2) R.G. 14, Nr. 59, S. 247 mit Citaten.

des Verkäufers daran erhellt; es verneint damit auch die Zulässigkeit der Klage auf Spezifikation. Das Reichsgericht folgt hier völlig den Ausführungen Kohlers¹⁾; für diesen ist es »sonnenklar«, dass die Spezifikation lediglich eine Mitwirkung zur Leistung des Verkäufers bildet.

Für das Gebiet des preussischen Rechts nimmt dagegen der I. Senat im Urteile vom 24. Juni 1889²⁾ die Zulässigkeit einer Klage auf Abnahme an auf Grund des § 215 A.L.R. I, 11: »Ist der Verkäufer bereit, die Sache vertragsmässig zu übergeben, so ist der Käufer sie sofort zu übernehmen schuldig« in Verbindung mit dem recht unbestimmten Satze: »In der Regel müssen die Verträge ihrem ganzen Inhalt nach erfüllt werden« (§ 270 A.L.R. I, 5). Der I. Civilsenat hält daher die Klage auf Vornahme der Spezifikation im Gebiete des preussischen Rechts für zulässig.

Die Ansicht des Reichsgerichts über die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme der Ware ist nun aber ebenso wenig im Gebiete des preussischen Landrechts wie insbesondere in dem des gemeinen Rechts unbestritten. Dernburg³⁾ lehrt, dass der preussische Käufer zur Abnahme nur dann verpflichtet sei, wenn dies die Absicht der Vertragsschliessenden sei. Andererseits hat sich im gemeinen Recht, namentlich in neuerer Zeit, mehr und mehr die Ansicht Geltung verschafft, dass eine klagbare Abnahmepflicht des Käufers bestehe. (Vgl. hierüber insbesondere Barkhausen, die Klage des Verkäufers auf Abnahme

1) S. 274.

2) R.G. 26, Nr. 39, S. 215.

3) Preuss. Privatrecht, 4. Aufl., Bd. 2, S. 150 unter Nr. 3.

der Ware) ¹⁾. Andere ²⁾ wieder meinen, dass wenn nicht schon nach bürgerlichem Rechte, so doch jedenfalls nach dem klaren Wortlaut des Handelsgesetzbuchs (Art. 346) eine solche klagbare Abnahmepflicht des Käufers bestehe. Eine Klage auf Vornahme der Spezifikation würde demnach auch im Gebiete des gemeinen Rechts gegeben sein, selbst wenn die Spezifikation nur ein Teil der Abnahme wäre.

Das bürgerliche Gesetzbuch beseitigt im § 433, Abs. 2 auch in diesem Punkte die bestehenden Zweifel und erkennt einen klagbaren Abnahmeanspruch an: »Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen«.

Richtiger Ansicht nach ist aber die Spezifikation nicht ein blosses Stück der Abnahme, sondern sie hat noch andere Funktionen, nämlich, wie O e r t m a n n ³⁾ betont, neben der Feststellung des genauen Umfanges der Pflichten des Verkäufers die Feststellung seiner Rechte. Wenn der Verkäufer dem Käufer das successive Bestimmungsrecht der Formen, Maße oder ähnlicher Verhältnisse einräumt, so geht zur Zeit des Vertragsschlusses der Käufer nicht weniger als der Verkäufer davon aus, dass dies Recht innerhalb der vereinbarten Spezifikationsfrist auch ausgeübt werden soll, mit anderen Worten, dass das Recht zur Spezifikation zugleich eine Rechtspflicht des Käufers ist.

Auch der III. Senat des Reichsgerichts hat seine im Urteil vom 24. November 1885 ⁴⁾ ausgesprochene Ansicht, es bestehe keine klagbare Verpflichtung des Käufers auf

1) in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 30, S. 30 ff., 1885.

2) C o s a c k, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl., 1893, S. 145; Staub § 6 zu Art. 346; Hirsch S. 183 ff.

3) S. 221 ff.

4) Vgl. S. 69.

Vornahme der Spezifikation im Urteile vom 27. Mai 1892¹⁾ der Sache nach aufgegeben. Er hält in diesem Urteil zwar seine früher ausgesprochene Ansicht insofern aufrecht, als er annimmt, dass die dem Gläubiger als solchem zugestandene Wahlbefugnis nur ein Recht desselben, nicht eine Pflicht²⁾ sei, mithin nicht durch Klage erzwingbar sei; aber der III. Senat hat seine Ansicht doch insofern geändert, als er in der Spezifikation nicht mehr einen blossen Teil der Abnahme, nicht mehr »lediglich die Voraussetzung der Erfüllung«³⁾ sieht. Es fällt damit seine Ausführung, »dass der Gläubiger, welcher zur Entgegennahme der Erfüllung nicht gezwungen werden kann, auch nicht im Prozesswege dazu angehalten werden kann, zur Erfüllung dieser Voraussetzung thätig zu werden«. Der III. Senat führt nämlich im Urteil vom 27. Mai 1892⁴⁾ aus: »Einen Anspruch gegen den Käufer auf Vornahme der Spezifikation und eventuell auf das Interesse kann man dem Verkäufer in dem Falle zuschreiben, wenn dem Vertrage die Uebnahme einer Verpflichtung zur Spezifikation zu entnehmen ist, mithin der Käufer als Schuldner einer solchen Dienstleistung dem Verkäufer gegenüber erscheint«. Und hierbei wird zugegeben, dass eine solche Auslegung mit Rücksicht auf Treue und Glauben besonders nahe liegt. Eine solche vertragsmässige Pflicht hatte aber das Reichsoberhandelsgericht in dem Urteile vom 10. Dezember 1874⁵⁾ schon angenommen; die einzige Abweichung liegt zwischen beiden Ausführungen darin, dass das Reichsoberhandels-

1) R.G. 30, S. 101.

2) Vgl. hierzu für Alternativobligationen R.G. 12, S. 185, III. Senat v. 21. X. 85. R.G. 8, S. 354. III. Senat v. 8. XII. 82.

3) R.G. 14, S. 247.

4) S. 103.

5) R.O.H.G. Bd. 16, Nr. 59, S. 204.

gericht diese Pflicht aus einem Nebenvertrage herleitete, während das Reichsgericht nur einen einheitlichen Vertrag annimmt. Die im Urteil vom 24. November 1885¹⁾ verworfene Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts wird also im Urteil vom 27. Mai 1892 vom Reichsgerichte wieder angenommen.

Verweigert der säumige Käufer auch nach erfolgter Verurteilung zur Spezifikation die Erfüllung seiner Verpflichtung, so ist dem Verkäufer die Möglichkeit gegeben, gegen den Säumigen zur Erfüllung seiner Verpflichtung rechtlichen Zwang anzuwenden und zwar m. E. gemäss § 774 der Civilprozessordnung²⁾ und nötigenfalls steht ihm noch eine Klage auf Leistung des Interesses gemäss § 778 C.P.O. zu. Für nicht zutreffend halte ich die Ansicht Oertmanns³⁾, dass die »Handlung« der Spezifikation offensichtlich eine solche sei, die an sich auch der Verkäufer vornehmen könne und dass demgemäss die etwaige Zwangsvollstreckung nach § 773 C.P.O. zu betreiben sei. Ihrem Grundgedanken nach kann die Spezifikation nur vom Käufer oder in seinem Auftrage vorgenommen werden, denn sie bestimmt sich nach seinen Interessen. Nimmt der Verkäufer die Spezifikation nach seinen häufig zu denen des Käufers in vollem Gegensatze stehenden Interessen vor, so liegt darin wirtschaftlich eine ganz andere Handlung. Auch das Reichsgericht rechnet im Urteile vom 24. November 1885⁴⁾ nur mit der Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung auf Grund des § 774 C.P.O.

Das neue Handelsgesetzbuch macht dem Streit über

1) R.G. 14, S. 247.

2) Ebenso Hirsch S. 198 ff., R.G. 29, S. 19, I. S. vom 9. III. 92.

3) S. 225.

4) R.G. 14, S. 248; III. Senat; 29, S. 19, I. Senat; ebenso R.G. 8. Nr. 100, Beschl. v. 8. XII. 82, III. Senat.

die rechtliche Natur des Spezifikationsvorbehaltes ein Ende. Danach ist die Spezifikation eine selbstständige Vertragspflicht des Käufers. Unter den Rechten, die Absatz 2 des § 375 N. H.G.B. dem Verkäufer gewährt, wenn der Käufer mit der Erfüllung seiner Spezifikationspflicht in Verzug gerät, ist nicht ausdrücklich erwähnt, dass der Verkäufer auf Vornahme der Spezifikation klagen kann. Indessen ist dadurch meines Erachtens diese Möglichkeit nicht ausgeschlossen ¹⁾, um so weniger als es nach dem bürgerlichen Gesetzbuche (§ 433 Abs. 2) eine Klage auf Abnahme giebt. Die Denkschrift geht freilich — auch für das heutige Recht — mit Stillschweigen über diese dem Verkäufer zustehende Möglichkeit hinweg.

Praktisch wird diese Klage im neuen Recht allerdings wohl nicht werden wegen der grossen Schwierigkeiten und Langwierigkeiten des in seinem Erfolge zweifelhaften Vollstreckungsverfahrens nach der Vorschrift des § 774 C.P.O., nachdem zuvor in einem vielleicht lange dauernden Prozess die Verpflichtung des Käufers zur Spezifikation festgestellt ist. Es müsste denn sein, dass der Verkäufer diesen Weg als den ungefährlichsten in dem Falle wählt, wenn es ihm zweifelhaft erscheint, ob der Käufer überhaupt aus dem Vertrage verpflichtet ist.

5. Uebergang des Spezifikationsrechtes auf den Verkäufer.

Wo der Verkäufer über die Verpflichtung des Käufers aus dem Vertrage nicht im Zweifel ist, wird er in den meisten Fällen sich für einen weit bequemeren Weg entscheiden, den ihm das neue Handelsgesetzbuch gewährt. Dort ist nämlich bestimmt, dass im Falle des Spezifikations-

1) Ebenso Marcus S. 47.

verzuges des Käufers der Verkäufer die Bestimmung (Spezifikation) statt des Käufers vornehmen könne.

Im geltenden Rechte ist diese Frage nach dem Uebergange des Spezifikationsrechtes vom säumigen Käufer auf den Verkäufer zur Zeit am meisten umstritten¹⁾. Ihrer Beantwortung unterziehen sich die letzten drei in der amtlichen Sammlung der Reichsgerichtsentscheidungen publizierten Urteile des ersten Senates vom 9. März 1892, des dritten vom 27. Mai 1892 und nochmals des ersten vom 18. März 1896¹⁾.

Nachdem sich zunächst der erste Senat im Urteil vom 9. März 1892 für den Uebergang des Spezifikationsrechtes auf den Verkäufer ausgesprochen hatte³⁾, entschied der dritte Senat im Urteil vom 27. Mai 1892 im entgegengesetzten Sinne; wie es scheint, war ihm damals die wenige Wochen vorher ergangene Entscheidung des ersten Senates noch unbekannt. Im bewussten Gegensatze zu der Entscheidung des dritten Senates hat sich dann aber der erste Senat im Urteile vom 18. März 1896 für den Uebergang ausgesprochen. Das Institut der Plenarentscheidung hat hier versagt⁴⁾, da die äussere Grundlage in dem Erkenntnis des dritten Senates gemeines Recht, in dem des ersten preussisches Recht war. In Wirklichkeit gehen gemeines und preussisches Recht in dieser Frage nicht aus-

1) Vgl. Tabelle unter VI.

2) R.G. 29, Nr. 6, S. 19/20; R.G. 30, Nr. 29, S. 98/100; R.G. 37, Nr. 8, S. 26/30.

3) S. 19/20; unrichtig sagt Staub § 19 b, α zu Art. 337: R.G. 29, S. 20 lasse unentschieden, ob nach preussischem Rechte der Verkäufer die vom Käufer verzögerte Spezifikation selbst vornehmen könne.

4) Vgl. Juristische Wochenschrift 1897, S. 399, Nr. 14: Die Einheit der reichsgerichtlichen Rechtsprechung.

einander, vielmehr ist nach den eigenen Ausführungen des ersten Senates¹⁾ »der Kauf mit vorbehaltener Spezifikation eine neue Gestaltung, welche das wirtschaftliche Bedürfnis erzeugt hat. Er ist weder dem preussischen Allgemeinen Landrechte noch dem Handelsgesetzbuche bekannt . . . Man muss die geschäftlichen Intentionen und die geschäftlichen Interessen beider Teile mit zu Rate ziehen, um zu finden, was in diesem Falle der Natur der Sache entspricht. Der Handelsverkehr dient wirtschaftlichen Bedürfnissen beider Teile; jede Partei hat bei Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten deshalb nach Treue und Glauben auf die Interessen der anderen Partei Rücksicht zu nehmen«. Man kann hier noch hinzusetzen, der Kauf mit vorbehaltener Spezifikation ist auch für das gemeine Recht eine neue Gestaltung; es gelten hier dieselben Entscheidungsnormen wie im Gebiete des preussischen Rechts, die aber nicht dem Partikularrechte angehören. Es erscheint danach recht zweifelhaft, ob, wie der erste Senat meint²⁾, das Urteil des dritten Senates nur für das Rechtsgebiet des gemeinen Rechts gefällt, dagegen der ihm vorliegende Fall nach preussischem Allgemeinen Landrechte zu beurteilen ist; und es erscheint recht zweifelhaft, ob hier mit Recht der — freilich mühsame — Weg der Herbeiführung einer Plenarentscheidung umgangen ist.

Als unzutreffend muss jedenfalls der Vereinigungsversuch von Förtsch³⁾ bezeichnet werden, wonach das Spezifikationsrecht auf den Verkäufer dann nicht übergeht, wenn der Käufer nach dem Vertrage aus verschiedenen

1) S. 26.

2) S. 29/30.

3) in Puchelts Kommentar zum H.G.B. 4. Aufl. 1892, Bd. 2, S. 918.

Sorten mit verschiedenen Grundpreisen ¹⁾ zu wählen hat. Dass der grössere oder geringere Umfang des Spezifikationsrechtes für die Frage des Ueberganges des Spezifikationsrechtes auf den Verkäufer irgend welche Bedeutung hat, ist nicht anzuerkennen; irgend welche Begründung giebt Förtsch hierfür nicht. Der erste Senat des Reichsgerichts ²⁾ selbst giebt zu, dass aus rein formellem Grunde die Veranlassung, eine Plenarentscheidung herbeizuführen, nicht gegeben sei.

In seinem ersten Urteile vom 9. März 1892 ³⁾ glaubt allerdings der erste Senat den Uebergang des Spezifikationsrechtes aus einem Satze des preussischen Allgemeinen Landrechts in Verbindung damit, dass der Spezifikationskauf eine Genusobligation sei, ableiten zu können. Das Reichsgericht führt dort aus: weil es sich nicht um eine alternative Obligation mit dem Wahlrechte des Käufers, sondern um eine solche auf eine generische Leistung handle, so sei dem Verkäufer unbedenklich das Recht zur Aussonderung zuzusprechen, wenn der Käufer mit der Ausübung seines Rechtes in Verzug gesetzt sei. Dabei soll ausserdem in Betracht kommen, dass sich der säumige Käufer auch im Laufe des Prozesses nicht zur Spezifikation erbieten, noch weniger selbst eine Auswahl getroffen habe, nach welcher er einen geringeren als den eingeklagten Kaufpreis schulden würde. Der erste Senat nimmt dabei Bezug auf eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts vom 9. Mai 1878 ⁴⁾. Der diesem Urteil zu Grunde lie-

1) R.G. 30, S. 98.

2) R.G. 37, S. 30 oben.

3) R.G. 29, S. 19.

4) R.O.H.G. Bd. 24, S. 33, vgl. hierzu auch R.G. I. Senat v. 22. IV. 92 bei Bolze Bd. 14, Nr. 442.

gende Fall ist aber von dem Spezifikationskaufe wesentlich verschieden¹⁾. Aus einer Anzahl von 150 Hammeln hatte der Käufer dort 100 auszuwählen. Das einzige Interesse des mit dieser Auswahl säumigen Käufers ging dahin, dass die wertvollsten Stücke ausgesucht werden. Dies Interesse war dort in vollem Maße gewahrt. Eine solche einfache Wahrung des Interesses des Käufers ist beim Spezifikationskauf nicht möglich. Treffend führt O e r t m a n n²⁾ hier aus: »Während dem Käufer für Walzeisen eine gute Verkaufschance winken mag, ist das Hufstabeisen vielleicht ein wertloser Laden- oder vielmehr Lagerhüter. Ihm nach Belieben des Verkäufers die eine oder die andere Sorte aufdrängen zu lassen, hiesse vielfach den ganzen wirtschaftlichen Effekt des Geschäftes in sein gerades Gegenteil verkehren«. Keineswegs kann hier der Uebergang des Spezifikationsrechtes durch den landrechtlichen Satz (§ 89 Einl. z. A.L.R.) gerechtfertigt³⁾ werden: »Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann«. Dieser Satz ist so allgemein gehalten, dass damit alles und nichts gerechtfertigt werden kann. Ausserdem stehen ja dem Verkäufer andere, wenn auch vielleicht weniger wirksame Mittel zur Verwirklichung seines Rechts beim Spezifikationsverzuge des Käufers zu Gebote.

Der dritte Civilsenat führt demgegenüber im Urteil vom 27. Mai 1892⁴⁾ aus, dass der Uebergang des Wahlrechts auf den Verkäufer durchaus nicht so unbedenklich sei: »Durch den Kauf auf vorgängige Spezifikation hat die

1) Vgl. O e r t m a n n S. 218 f.

2) S. 219.

3) R.O.H.G. Bd. 24, S. 34.

4) R.G. 30, S. 98.

Beklagte sich des Bezuges solcher Waren versichert, welche ihrem noch nicht zu übersehenden Bedürfnisse entsprechen. Wird das Wahlrecht genommen, so wird der Vertrag in einem wesentlichen Teile geändert, das Interesse des Käufers an dem Vertrage wird aufgehoben, da dem Käufer für ihm unbrauchbare Waren aufgedrängt werden können. Zu einem solchen Eingriffe in die Vertragsrechte könnte man nur auf Grund einer Rechtsnorm kommen, welche für den Fall des Wahlverzuges einen solchen Rechtsnachteil eintreten lässt. Den Quellen ist eine solche Rechtsnorm nicht zu entnehmen . . .«

In dem sehr interessanten Erkenntnis vom 18. März 1896¹⁾ erörtert der erste Civilsenat diese Frage nochmals in umfassender Weise und sucht aus der wirtschaftlichen Natur des Spezifikationskaufes die Antwort herzuleiten. Freilich scheinen die Erwägungen dort mehr *de lege ferenda* als *de lege lata* Billigung zu verdienen. Der erste Civilsenat erkennt an, dass ein einfacher Uebergang des Spezifikationsrechtes vom Käufer auf den Verkäufer dem Zwecke des Geschäftes widerspreche und daher nicht statthaft sei — hiermit hat er seine im Urteile vom 9. März 1892 vertretene Auffassung trotz seiner gegenteiligen Versicherung m. E. erheblich modifiziert — Insoweit stimmt der erste Senat mit dem dritten überein; der Verkäufer, der einfach die Spezifikation statt des Käufers vorgenommen hatte, wird denn auch dort wie hier mit der Klage auf den nach Maßgabe seiner Spezifikation berechneten Kaufpreis abgewiesen, während im Urteile vom 9. März 1892 (I. Senat) der Klage stattgegeben war.

Dagegen zeigt der erste Senat den Weg, auf welchem seiner Ansicht nach der Verkäufer beim Verzuge des Käu-

1) R.G. 37, Nr. 8, S. 24/30.

fers in der Spezifikation zu einer dem Vertrage entsprechenden Lieferung gelangen kann, ohne dass dadurch das Interesse des Käufers an dem Vertrage aufgehoben wird.

Bei Säumnis des Käufers in der Spezifikation kann der Verkäufer, wenn er auf Erfüllung an den Käufer bestehen will, diesem mitteilen, wie er (Verkäufer) spezifizieren werde, wenn der Käufer nicht innerhalb angemessener Frist eine andere Spezifikation erteilen werde. Wenn der Käufer nicht in gehöriger Weise d. h. durch Erteilung einer anderen, ihm genehmen Spezifikation innerhalb angemessener Zeit dagegen Einspruch erhebt, so soll die Spezifikation des Verkäufers definitiv maßgebend werden: ein Weg, der in gewisser Beziehung an das Versäumnisurteil unseres Civilprozesses mit seinem Einspruch erinnert.

»Spezifiziert aber der Käufer nachträglich zu einer Zeit, wo noch *res integra* ist, und wo der Verkäufer ohne erhebliche Verletzung der eigenen Interessen nach Maßgabe dieser nachträglichen Spezifikation des Käufers anschaffen oder fabrizieren könnte, so handelt der Verkäufer wider Treue und Glauben, wenn er auf diese nachträgliche Spezifikation des Käufers nicht eingeht, bloss weil er einmal spezifiziert habe«¹⁾.

Dass die Bedenken, welche der dritte Senat und Oertmann gegen den Uebergang des Spezifikationsrechtes auf den Verkäufer geltend machen, auf diesem Wege ganz erheblich abgeschwächt sind, soll nicht geleugnet werden; zweifelhaft erscheint es immerhin, ob sie dadurch ganz beseitigt werden. Nicht immer wird es auf ein Treu und Glauben widersprechendes Verhalten des Käufers zurückzuführen sein, wenn er die Erteilung der Spezifikation weigert; zuweilen wird es auch darauf zurückzuführen

1) R.G. 37, S. 30.

sein, dass aus irgendwelchen rechtlichen oder thatsächlichen Unklarheiten der Käufer der festen Uebezeugung ist, er sei aus dem Vertrage, auf den sich der Verkäufer stützt, nicht oder nicht mehr oder nicht in dem Umfange verpflichtet. Hier wird er trotz der Aufforderung des Verkäufers innerhalb angemessener Zeit zu spezifizieren, widrigenfalls der Verkäufer nach seiner eigenen gleichzeitig angezeigten Spezifikation die Ware herrichten würde, seinerseits keine seinen Interessen entsprechende Spezifikation einsenden, weil er sich überhaupt nicht dem zur Spezifikation Auffordernden gegenüber für verpflichtet hält. Der Verkäufer wird hier, wenn er sich für die Spezifikation entscheidet, oft lediglich in seinem Interesse, das dem des Käufers vielfach direkt widerspricht, spezifizieren und dabei mit Lagerhütern räumen; denn er geht ja davon aus: wenn dem Käufer diese Spezifikation nicht genehm ist, so mag er rechtzeitig innerhalb der Nachfrist seinerseits seinen Interessen gemäss spezifizieren. Wenn sich nun nachträglich im Prozesse herausstellt, dass der Käufer doch aus dem Vertrage verpflichtet war, so muss er seinen Irrtum oft allzu hart büssen. Freilich wird man hiergegen anführen können, es muss genügen, wenn der Käufer auf die Mitteilung der Spezifikation des Verkäufers antwortet: 1) ich bestreite aus dem Vertrage verpflichtet zu sein, 2) sollte diese meine Ansicht unrichtig sein, so kann ich die Ware nach deiner, des Verkäufers, Spezifikation nicht verwerten, wünsche vielmehr für diesen Fall die Ware in den von mir fristgemäss spezifizierten Formen, Sorten.

In der Theorie haben sich für den Uebergang des Spezifikationsrechtes, wenn auch aus anderen Gründen als das Reichsgericht, *Dernburg*¹⁾ und *Köhler*²⁾ ausge-

1) Pandekten II, § 27 zu Anm. 17.

2) S. 359 ff.

sprochen. Im Uebrigen steht die Theorie überwiegend auf dem verneinenden Standpunkte ¹⁾.

Die Beweisführung Kohlers, der den Uebergang des Wahlrechts bei Alternativobligationen von dem säumigen Wahlberechtigten auf den anderen Teil aus den Quellen zu rechtfertigen sucht, ist für den Spezifikationskauf schon deshalb nicht zwingend, weil dies Bestimmungs- oder Wahlrecht auf einem ganz anderen Gedanken beruht und andere Zwecke verfolgt, als das Wahlrecht bei den Alternativobligationen ²⁾. Erwähnt mag hier werden, dass im Bürgerlichen Gesetzbuche (§ 264 Abs. 2) allerdings das Wahlrecht des Gläubigers im Falle des Verzuges auf den Schuldner übergeht.

Das neue Handelsgesetzbuch macht auch hier dem Zweifel ein Ende: es ermächtigt den Verkäufer, falls der Käufer mit seiner Spezifikationspflicht in Verzug gerät, die Bestimmung statt des Käufers vorzunehmen. Doch hat der Verkäufer die von ihm vorgenommene Spezifikation zunächst dem säumigen Käufer mitzuteilen, damit diesem noch einmal Gelegenheit gegeben wird, eine anderweite Spezifikation seinen Interessen gemäss zu erteilen. Erteilt der Käufer eine anderweite Bestimmung binnen der vom Verkäufer gesetzten angemessenen Frist nicht, so wird die Spezifikation des Verkäufers definitiv maßgebend.

Ist dies geschehen, so ist jede Besonderheit und Schwierigkeit gehoben, das Geschäft unterliegt von da an den Regeln des einfachen Genuskaufs.

Das Handelsgesetzbuch stellt sich also völlig auf den Standpunkt, den der erste Senat im Urteil vom 18. März 1896 vertritt oder vielmehr dem sich der erste Senat als

1) Oertmann S. 216; Windscheid § 346¹⁰; Hirsch S. 157 ff.

2) Gegen die Ausführungen Kohlers über die eigentlichen Alternativobligationen vgl. Hirsch S. 158/9.

schon für das geltende Recht zutreffend angeschlossen hat. Nur insofern scheint mir eine geringe Abweichung vorzuliegen, als sich nach der Ansicht des ersten Senates der Verkäufer *re integra* Nachholung der Spezifikation auch nach Ablauf der gesetzten angemessenen Nachfrist gefallen lassen muss, da er wider Treue und Glauben handle, wenn er auf die nachträgliche Spezifikation des Käufers nicht eingeht, bloss weil er einmal spezifiziert habe. Meiner Meinung nach braucht sich im neuen Rechte der Verkäufer eine Nachholung der Spezifikation nach Ablauf der Nachfrist nicht mehr gefallen zu lassen, wenn die Frist eine angemessene war, und es ist dabei ohne Bedeutung, ob der Verkäufer bei Eingang der verspäteten Spezifikation des Käufers schon mit der Herrichtung der Ware begonnen hat oder nicht¹⁾.

Dieser den Interessen der Verkäufer ausserordentlich günstige Weg wird voraussichtlich unter der Geltung des neuen Handelsgesetzbuchs eine hervorragende Bedeutung gewinnen.

Im Interesse der Käufer wäre es freilich wünschenswert, dass das Wahlrecht auch in jenem Falle, den das Reichsgericht (I. Senat) nicht als Spezifikationskauf, sondern als Alternativkauf behandelte²⁾ (150 Stück Tuch Nouveautés aus der Sommerkollektion 1893), beim Verzuge des Käufers in der Wahl nicht nach § 264 Abs. 2 B.G.B. nach Ablauf der ihm gestellten Frist einfach auf den Verkäufer überginge, sondern dass der Verkäufer auch hier verpflichtet wäre, bei der Fristsetzung anzuzeigen, wie er nach fruchtlosem Ablaufe der Frist seinerseits wählen würde. Damit wäre auch hier dem Käufer noch einmal

1) A. M. Marcus S. 47.

2) R.G. 35, Nr. 1, S. 1 ff. v. 20. II. 1895.

in eindringlicher Weise Gelegenheit gegeben, statt vielleicht für ihn völlig unbrauchbarer Ware die Lieferung seinen Interessen gemäss zu verlangen. Und wenn man sich nicht der engen Begriffsbestimmung über den Spezifikationskauf, welche der erste Senat in jenem Urteile vom 20. Februar 1895¹⁾ giebt, anschliesst, so ist auch in diesem Falle der Verkäufer gehalten, seine eventuelle Auswahl an Stelle des säumigen Käufers diesem unter Mitteilung einer angemessenen Frist kund zu geben.

V.

Aus der Fassung des § 375 Abs. 2 Satz 1 des neuen Handelsgesetzbuchs ergibt sich deutlich, dass die drei dort genannten Möglichkeiten für den Verkäufer bei Spezifikationssäumnis des Käufers: 1) Vornahme der Bestimmung statt des Käufers oder 2) nach § 326 B.G.B. Forderung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder 3) Rücktritt vom Vertrage, demselben nur alternativ zuzustehen, sodass er insbesondere, wenn er sich für den Uebergang des Spezifikationsrechtes entscheidet, nicht etwa ausserdem Schadensersatz wegen nicht rechtzeitiger Spezifikation vom Käufer verlangen kann²⁾. Wenn sich der Käufer, wie es nicht selten der Fall sein wird, nach Herrichtung der Ware durch den Verkäufer fortgesetzt weigert, die Ware abzunehmen und zu bezahlen, so erwachsen dem Verkäufer von Neuem die Rechte aus § 326 B.G.B.; er kann nunmehr also das Dreiwahlrecht dieses Paragraphen ausüben.

1) R.G. 35, S. 2.

2) Denkschrift S. 218; Marcus S. 47; Fleck, im Arch. f. bürgerl. Recht 12, S. 257.

Unrichtig ist aber m. E. die Ansicht Flecks¹⁾, dass sich der Verkäufer bei der gleichzeitig vorliegenden mora debitoris und creditoris, d. i. des säumigen Käufers, zu entscheiden habe, ob das Parteiverhältnis nach den Regeln des Gläubiger- oder Schuldnerverzuges beurteilt werden soll, dass er sich also nicht auf beide gleichzeitig berufen darf. Vielmehr stehen m. E. bei der Konkurrenz von Annahme- und Leistungsverzug ebenso wie nach dem alten Handelsgesetzbuch die Rechte aus Art. 343 und 354 kumulativ neben einander²⁾, so auch im neuen Handelsgesetzbuch die Rechte aus § 374 H.G.B. und aus § 375 H.G.B. in Verbindung mit § 326 B.G.B.

In reicher Fülle bietet das neue Handelsgesetzbuch demnach dem Verkäufer Mittel und Wege, um trotz der Säumnis des Käufers in der Spezifikation zu seinem Rechte aus dem Vertrage zu kommen. Indessen nicht gern schreiten die Verkäufer zur Anwendung von gesetzlichen Zwangsmitteln, um den Käufer zur Erfüllung seiner Vertragspflichten anzuhalten; das zieht regelmässig Abbruch der ferneren Geschäftsverbindung nach sich. Bei weitem lieber ist es daher dem Verkäufer, wenn seine Abnehmer freiwillig ihre Pflichten erfüllen. Auch in dieser Beziehung verspreche ich mir von der gesetzlichen Regelung der Folgen des Spezifikationsverzuges einen wohlthätigen Einfluss.

Im geltenden Rechte gelang es den säumigen Käufern nur allzu häufig, ungestraft ihre Vertragspflicht, rechtzeitige Spezifikation, ausser Acht zu lassen. Es war nicht aussichtslos für den Käufer, von dem ihm ungünstigen Kaufe loszukommen, indem er einfach die Spezifikation

1) S. 258.

2) Barkhausen S. 48, Motive zum Entwurf e. B.G.B. Bd. 2, S. 496; Cosack, 3. Aufl., § 36, S. 213.

nicht erteilte. Mochte der Verkäufer bei der unentwickelten Lehre vom Spezifikationskaufe, der Meinungsverschiedenheit der Gerichte, den Entscheidungen bald so bald anders versuchen, wie er zu seinem Rechte kam. Die Aussicht war nicht gering für den Käufer, dass sich der Verkäufer bei der bestehenden Rechtsunsicherheit in der Wahl seiner Zwangsmittel vergriff. Eine grosse Zahl von Urteilen der höchsten Instanz zeigen, dass der Verkäufer abgewiesen wurde, nicht weil er im Unrecht war, sondern weil das entscheidende Gericht die Grundsätze in seiner vorher ergangenen Entscheidung wieder aufgab. Die Anwendung von Zwangsmitteln war für den Verkäufer recht gefährlich, da sie oft versagten. Die Folge war, dass der Verkäufer zuweilen vorzog, auf den Gewinn aus dem Geschäft ganz zu verzichten, als sich der Gefahr auszusetzen, noch obendrein einen teuren Prozess zu verlieren.

Diese Spekulation der Käufer auf die Verlegenheit der Verkäufer wegen bestehender Rechtsunsicherheit ist in Zukunft wenig aussichtsvoll; der Käufer sieht klar den umfassenden Zwangsapparat, der dem Verkäufer im Falle des Spezifikationsverzuges gegen ihn zu Gebote steht, und quamvis coactus spezifiziert er — obwohl sonst zur Säumnis geneigt — freiwillig.

Der Spezifikationskauf und die Rechtsprechung.

I. Rechtliche Verbindlichkeit.

1. R.O.H.G. 14, Nr. 18, S. 41 vom 27. Juni 1874 (sächsische Sache).
 2. „ 16, Nr. 59, S. 204/5 vom 10. Dezember 1874 (sächsische Sache).
 3. „ 17, Nr. 50, S. 225 vom 29. April 1875.
 4. H.A.G. Nürnberg vom 4. Mai 1875 in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 23, S. 520 ff.
 5. R.O.H.G. 18, Nr. 10, S. 49 vom 17. Juni 1875.
 6. R.G. 10, Nr. 26, S. 97⁵ vom 1²~~2~~ Dezember 1883, I. Senat = Seuff. 39, Nr. 322.
 7. „ 14, Nr. 59, S. 244 vom 24. November/18. Dezember 1885, III. Senat = Bolze 2, Nr. 973.
 8. „ 26, Nr. 39, S. 213/4 vom 24. Juni 1889, I. Senat = Bolze 8, Nr. 493.
- Ablehnend (?) für komplizierten Fall: 9. Bolze 5, Nr. 670 vom 22. Februar 1888, I. Senat.

II. Konstruktion.

1. R.O.H.G. 15, Nr. 45, S. 146 ff. vom 7./25. November 1874 = Seuff. 31, Nr. 265 (gegen Alternativoblig.)
2. „ 16, Nr. 59, S. 205/6 siehe I, 2 (Haupt- u. Nebenvertrag).

3. R.O.H.G. 18, Nr. 10, S. 48/50, siehe I, 5 (komplizierter Spezifikationskauf).
 4. „ 22, Nr. 3, S. 5 vom 12. April 1877 = Seuff. 33, Nr. 256 (wie II, 1).
 5. R.G. 10, Nr. 26, S. 95 ff., siehe I, 6, I. Senat.
 6. „ 29, Nr. 6, S. 18/19 vom 9. März 1892, I. Senat = Bolze 14, Nr. 429.
 7. „ 30, Nr. 29, S. 97 vom 8. April/27. Mai 1892, III. Senat = Seuff. 49, Nr. 178 = Bolze 15, Nr. 118.
- Vgl. auch 8. R.G. 35, Nr. 1, S. 1—4 vom 20. Februar 1895, I. Senat = Bolze 20, Nr. 515.
9. R.O.H.G. 14, Nr. 18 S. 41, siehe I, 1.

III. Selbsthülfeverkauf.

1. R.O.H.G. 15, Nr. 45, S. 148/50, siehe II, 1.
2. A.G. Köln vom 27. April 1875 in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 25, S. 299.
3. R.O.H.G. 22, Nr. 3, S. 7/8, siehe II, 4.
4. R.G. 10, Nr. 26, S. 99/100, siehe I, 6, I. Senat.
5. Bolze 2, Nr. 1016 vom 8. Juli 1885, I. Senat.
6. „ 4, Nr. 723 vom 26. März 1887, I. Senat.
7. O.L.G. Hamburg vom 6. Juli 1888 i. Hanseat. Gerichtszeitung 1888, S. 197 ff.
8. „ Cassel vom 22. Februar 1890 bei Seuff. 47, Nr. 138.
9. Bolze 18, Nr. 444 vom 6. Februar 1894, II. Senat.
10. Juristische Wochenschrift 1894, S. 202, R.G. vom 28. März 1894, I. Senat.
11. Bolze 18, Nr. 465 vom 25. April 1894, V. Senat = J.W. 1894, S. 283.
12. „ 19, Nr. 571 vom 18. Dezember 1894, III. Senat.
13. „ 20, Nr. 512 vom 22. Januar 1895, I. Senat.
14. R.G. 37, Nr. 8, S. 28 vom 18. März 1896, I. Senat = Bolze 22, Nr. 441.

15. J.W. 1896, S. 399, R.G. vom 3. Juni 1896, I. Senat.
16. „ 1897, S. 114/5, R.G. vom 8. Januar 1897, III. Senat.
- Vgl. 17. Bolze 5, Nr. 674 vom 10. Dezember 1887, I. Senat.
18. „ 14, Nr. 445, 447 vom 4. Mai 1892, I. Senat
= Gruchots Beiträge Bd. 36, S. 1170/4.

Dahingestellt, zur Bejahung geneigt:

19. R.G. 30, Nr. 29, S. 99/100, siehe II, 7, III. Senat.

Unentschieden:

20. R.O.H.G. 18, Nr. 11, S. 51 (vom 17. Juni 1875) *hier I. 5*

Ablehnend:

21. A.G. Celle vom 27. Nov. 1874 bei Seuff. 32, Nr. 96.
22. R.O.H.G. 18, Nr. 10, S. 50, siehe I, 5.
- Vgl. 23. R.G. 35, Nr. 1, S. 3, siehe II, 8, I. Senat.

IV. Zahlung des vollen Kaufpreises oder des Mindestpreises vor Lieferung.

1. R.G. 14, Nr. 59, S. 247, siehe I, 7, III. Senat.
2. „ 26, Nr. 39, S. 214, siehe I, 8, I. Senat.
3. „ 30, Nr. 29, S. 103, siehe II, 7, III. Senat.
4. Bolze 21, Nr. 490 vom 6. Dezember 1895, II. Senat.
5. R.G. 37, Nr. 8, S. 28, siehe III, 14, I. Senat.
6. J.W. 1896, S. 84, R.G. vom 19. September 1896, I. Senat.
- Nur gegen Lieferung: 7. R.O.H.G. 16 unter Nr. 59, S. 207 vom 1. Februar 1875.

V. Klage auf Vornahme der Spezifikation.

1. R.O.H.G. 16, Nr. 59, S. 206, siehe I, 2.
2. „ unter Nr. 59, siehe IV, 7.
3. R.G. 26, Nr. 39, S. 214/16, siehe I, 8, I. Senat.

Vgl. 4. R.G. 29, Nr. 6, S. 19, siehe II, 6, I. Senat.

Dahingestellt, zur Bejahung geneigt:

5. A.G. Celle bei Seuff. 32, Nr. 96, siehe III, 21.

Vgl. 6. R.G. 35, Nr. 1, S. 4, siehe II, 8, I. Senat.

Ablehnend:

7. R.G. 14, Nr. 59, S. 247, siehe I, 7, III. Senat.

Ablehnend, aber wesentlich nur der Theorie nach:

8. R.G. 30, Nr. 29, S. 101, siehe II, 7, III. Senat.

VI. Uebergang des Spezifikationsrechtes auf den Verkäufer.

Ablehnend:

1. R.O.H.G. 15, Nr. 45, S. 147/8, siehe II, 1.

2. A.G. Celle bei Seuff. 32, Nr. 96, siehe III, 21.

3. R.G. 30, Nr. 29, S. 98/9, siehe II, 7, III. Senat.

Vgl. 4. R.O.H.G. 18, Nr. 11, S. 51, siehe III, 20.

Bejahend:

5. R.G. 29, Nr. 6, S. 19/20, siehe II, 6, I. Senat.

6. „ 37, Nr. 8, S. 26/30 mit Modifikation, siehe III, 14,
I. Senat.

Vgl. 7. Bolze 5, Nr. 676 vom 12. März 1888, VI. Senat.

8. „ 14, Nr. 442 vom 22. April 1892, I. Senat.

Dahingestellt:

9. J.W. 1896, S. 609, R.G. (vom 19. September 1896) *siehe III*
I. Senat.

Vgl. 10. R.G. 35, Nr. 1, S. 3/4, siehe II, 8.

VII. Sonstige Urteile zum Spezifikationskauf.

1. R.O.H.G. 13, Nr. 101, S. 303 vom 3. März 1874.

2. „ 19, Nr. 115, S. 401 vom 20. März 1876.

3. Bolze 6, Nr. 552 vom 26. Mai 1888, I. Senat.
 4. (?) R.G. 23, Nr. 24, S. 126 vom 9. Januar 1889, I. Senat
= Bolze 7, Nr. 576.
 5. Bolze 7, Nr. 579 vom 11. März 1889, VI. Senat.
 6. „ 14, Nr. 449 f. vom 4. November/2. Dezember 1892,
III. Senat.
 7. J.W. 1897, S. 91, vom 18. Dezember 1896, III. Senat.
-

Weber, Ludwig

Zum Spezifikationskaufe

Göttingen 1897

Merc. 260 r

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11815930-0